

PROPUESTA DE REFORMAS  
LEGALES PARA MEJORAR EL  
RESARCIMIENTO DE LOS  
PERJUICIOS OCASIONADOS AL  
ESTADO, IDENTIFICADOS EN  
LOS INFORMES DE CONTROL  
DE LA CONTRALORÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA, PERÍODO

**Submission date:** 07-Oct-2022 11:15AM (UTC-0500)

**Submission ID:** 1919302077

**File name:** JAIME\_ORTIZ\_-\_TIA\_INFORME\_FINAL\_OCT\_2022.pdf (1.63M)

**Word count:** 82947

**Character count:** 455430

2017

by Jaime Ortiz



**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**  
**ESCUELA NACIONAL DE CONTROL**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN APLICADA  
**PROPUESTA DE REFORMAS LEGALES PARA MEJORAR EL RESARCIMIENTO  
DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL ESTADO, IDENTIFICADOS EN LOS  
INFORMES DE CONTROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA,  
PERÍODO 2017**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN APLICADA  
PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN CONTROL  
GUBERNAMENTAL

**AUTOR**

JAIME ANTONIO ORTIZ RIVERO

**ASESOR METODOLÓGICO**

MAG. DAVID MEDIANERO BURGA  
CODIGO ORCID: 0000-0002-3886-7617

LIMA, 2022

50  
Insanity: doing the same thing over and  
over again and expecting different  
results

*Una locura: hacer lo mismo una y otra  
vez, esperando tener diferentes  
resultados*

**Albert Einstein**

50  
The measure of intelligence is the ability  
to change

*La medida de la inteligencia es la  
habilidad para cambiar*

**Albert Einstein**

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo de investigación aplicada a todos y cada uno de los miembros de mi familia, mi gran familia, que siempre estuvieron a mi lado apoyándome y animándome a perseguir mis sueños y lograr mis metas, cuidando hacer el bien en ese camino.

## AGRADECIMIENTOS

Sincero reconocimiento a todos aquellos profesionales que constantemente me brindaron su sapiencia y paciencia para orientar mis inquietudes y sortear las dificultades que presenta todo trabajo de investigación, en especial a mis asesores David Medianero y Ricardo Salazar, a los funcionarios de la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República, mis colegas Héctor Maldonado y Marleny Bojórquez, así como a todos aquellos amigos que me dispensaron su valioso e inestimable tiempo para absolver mis constantes dudas y cuestionamientos.

## CONTENIDO

RESUMEN .....	14
ABSTRACT .....	15
INTRODUCCIÓN .....	16
CAPÍTULO 1. PREGUNTA, OBJETIVO E HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.....	19
1.1. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN. DATOS COMPLEMENTARIOS .....	19
1.2. ENUNCIACIÓN Y DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA PÚBLICO.....	19
1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA PÚBLICO .....	23
1.4 ANTECEDENTES .....	24
1.5 PREGUNTAS Y OBJETIVOS .....	27
1.6 HIPÓTESIS .....	29
CAPÍTULO 2. MARCO CONCEPTUAL .....	32
2.1 EL ESTADO Y LAS FUNCIONES DEL PODER.....	32
2.2 LA FUNCIÓN DE CONTROL GUBERNAMENTAL.....	39
2.3 MARCO CONSTITUCIONAL DE LA CGR .....	50
2.4 ROL DE LA CGR Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN .....	53
2.5 LAS OBLIGACIONES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS OCASIONADOS AL ESTADO .....	59
2.6 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD POR DAÑOS .....	65
2.7 LOS CONTRATOS Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	75
2.8 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	83
2.9 CASO DE ESTUDIO. PERÚ .....	140
2.10 EXPERIENCIAS INTERNACIONALES .....	144

CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA.....	156
3.1 MÉTODOS DE ANÁLISIS.....	156
3.2 ESTRATEGIA PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS .....	156
3.3 FUENTES DE INFORMACIÓN .....	157
3.4 HERRAMIENTAS E INSTRUMENTOS .....	158
3.5 POBLACIÓN.....	159
3.6 MUESTRA .....	160
CAPITULO 4. RESULTADOS.....	161
4.1 INTRODUCCIÓN: RECOPIACIÓN DE LA INFORMACIÓN .....	161
4.2 DIMENSIÓN I.....	162
4.3 DIMENSIÓN II.....	193
4.4 ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	223
CAPÍTULO 5. DISEÑO DE LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN .....	236
5.1 OBJETIVO DE LAS PROPUESTAS .....	236
5.2 IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE ALTERNATIVAS .....	236
5.3 PAGO DE LAS SUMAS SENTENCIADAS POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS (OBJETIVO 1) .....	237
5.4 RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS QUE OCASIONARON DAÑOS AL ESTADO (OBJETIVO 2) .....	250
CAPÍTULO 6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	264
6.1 CONCLUSIONES SOBRE LA BASE DE LOS RESULTADOS.....	264
6.2 DEMOSTRACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN APLICADA.....	266
6.3 RECOMENDACIONES.....	267
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>269</b>

**GLOSARIO DE TERMINOS**

CGR	<sup>1</sup> Contraloría General de la República del Perú
EFS / SAI	Entidades Fiscalizadoras Superiores
ENC	Escuela Nacional de Control
INEI	Instituto Nacional de Estadística e Informática
INTOSAI	Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores Normas Internacionales de las EFS /SAI
MP	Ministerio Público
OCDE	<sup>3</sup> Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OLACEFS	<sup>6</sup> Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores
PJ	Poder Judicial
PNILCC	<sup>6</sup> Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción
SNC	Sistema Nacional de Control <sup>36</sup> Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito Tribunal Constitucional

### 3 ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.1 Matriz de consistencia

Tabla 1.2 Cuadro de ideas fuerza

Tabla 4.1 Porcentaje de éxito de procesos civiles

Tabla 4.2 Porcentaje de éxito de medidas cautelares

Tabla 4.3 Efectividad de cobro de sumas sentenciadas

Tabla 4.4 Porcentaje de incorporación de terceros en los informes de control

Tabla 4.5 Importancia del resarcimiento de los daños ocasionados por los servidores

Tabla 4.6 Importancia de la reducción de la impunidad de los servidores públicos

Tabla 4.7 Importancia de la colaboración de la CGR con la gestión de las entidades

Tabla 4.8 Importancia de elevar la confianza de la ciudadanía

Tabla 4.9 Rol de inicio de acciones legales por la PP-CGR

Tabla 4.10 Rol de la PP-CGR de obtener resultados favorables

Tabla 4.11 Rol de la PP-CGR de adoptar medidas cautelares

Tabla 4.12 Rol de la PP-CGR de cobrar las sumas sentenciadas

Tabla 4.13 Solvencia de los servidores públicos ante medidas cautelares

Tabla 4.14 Encubrimiento fraudulento de patrimonio de los servidores públicos

Tabla 4.15 Limitaciones del procedimiento judicial/registral para trabar medidas cautelares

Tabla 4.16 Prioridad de la adopción de medidas cautelares para la PP-CGR

Tabla 4.17 Solvencia de los servidores públicos para pagar las sumas sentenciadas

Tabla 4.18 Encubrimiento fraudulento del patrimonio de los servidores ante sumas sentenciadas

Tabla 4.19 Limitaciones del proceso judicial/registral para cobrar sumas sentenciadas

Tabla 4.20 Prioridad del cobro de las sumas sentenciadas para la PP-CGR

Tabla 4.21 Constitución de garantía previa para el ejercicio de las funciones

Tabla 4.22 Constitución de garantía posterior para poder continuar en el ejercicio de funciones

Tabla 4.23 Separación del cargo hasta que deudores cumplan con pagar suma sentenciada

Tabla 4.24 Inicio de proceso de insolvencia contra deudores morosos

Tabla 4.25 Inclusión de contratistas como civilmente responsables en los informes de control

Tabla 4.26 Otorgamiento de porcentaje de cobro efectivo a la PP-CGR

Tabla 4.27 Afectación de presupuesto de entidades negligentes

Tabla 4.28 Derivación de cobranzas a entidades directamente afectadas

Tabla 4.29 Importancia de promover la correcta utilización de los recursos y bienes del Estado

Tabla 4.30 Importancia de promover el desarrollo honesto de los servidores públicos

Tabla 4.31 Importancia de orientar a las entidades en el mejoramiento de sus actividades

Tabla 4.32 Importancia de mitigar los riesgos de incumplimiento de metas de las entidades

Tabla 4.33 Importancia de señalar responsabilidades identificadas en los informes de control

Tabla 4.34 Importancia de reducir la impunidad de los servidores públicos

Tabla 4.35 Importancia de elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR

Tabla 4.36 Importancia de resarcir al Estado de los daños ocasionados por los servidores

Tabla 4.37 Importancia de colaborar con la gestión de las entidades afectadas

Tabla 4.38 Importancia de colaborar en la lucha contra la corrupción

Tabla 4.39 El marco legal prohíbe incorporar a los terceros en los informes de control

Tabla 4.40 El marco legal no prevé incorporar a los terceros en los informes de control

Tabla 4.41 Se requiere desarrollar un marco legal para incorporar a los terceros en los informes

Tabla 4.42 Se requiere mayores recursos humanos y logísticos

Tabla 4.43 Los contratistas no colaboran con el control gubernamental

Tabla 4.44 Ventaja de reducir la impunidad de los servidores públicos

Tabla 4.45 Ventaja de elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR

Tabla 4.46 Ventaja de resarcir al Estado de los daños que le han sido ocasionados

Tabla 4.47 Ventaja de colaborar con la gestión de las entidades afectadas

Tabla 4.48 Ventaja de desincentivar las conductas dolosas y culposas de los contratistas públicos

Tabla 4.49 Inclusión de los terceros como civilmente responsables en los informes

Tabla 4.50 Impedir contratar a los contratistas con procesos de indemnización en trámite

Tabla 4.51 Obligar a los servidores a constituir una garantía previa al ejercicio de sus funciones

Tabla 4.52 Separar a los servidores hasta que cumplan con garantizar la suma sentenciada

Tabla 4.53 Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades afectadas

Tabla N° 5.1 Matriz de análisis de las alternativas (pago de deuda por los funcionarios)

Tabla N° 5.2 Matriz de desarrollo de la intervención (proyecto de ley)

Tabla N° 5.3 Diagrama de Gantt (proyecto de ley)

Tabla N° 5.4 Matriz de desarrollo de la intervención (capacitación de abogados)

Tabla N° 5.5 Diagrama de Gantt (capacitación de abogados)

Tabla N° 5.6 Criterios del análisis de viabilidad de la intervención propuesta

Tabla N° 5.7 Matriz de análisis de las alternativas (responsabilidad de los terceros)

Tabla N° 5.8 Matriz de desarrollo de la intervención (proyecto de ley)

Tabla N° 5.9 Diagrama de Gantt (proyecto de ley)

Tabla N° 5.10 Matriz de desarrollo de la intervención (modificación de la normativa de control)

Tabla N° 5.11 Diagrama de Gantt (modificación de la normativa de control)

Tabla N° 5.12 Criterios del análisis de viabilidad de la intervención propuesta

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

- Gráfico 4.1 Porcentaje de éxito de procesos civiles – Diagrama de barras.
- Gráfico 4.2 Porcentaje de éxito de medidas cautelares - Barras
- Gráfico 4.3 Efectividad de cobro de sumas sentenciadas - Barras
- Gráfico 4.4 Porcentaje de incorporación de terceros en los informes de control - Barras
- Gráfico 4.5 Importancia del resarcimiento de los daños ocasionados por los servidores - Barras
- Gráfico 4.6 Importancia de la reducción de la impunidad de los servidores públicos - Barras
- Gráfico 4.7 Importancia de la colaboración de la CGR con la gestión de las entidades – Barras
- Gráfico 4.8 Importancia de elevar la confianza de la ciudadanía - Barras
- Gráfico 4.9 Rol de inicio de acciones legales por la PP-CGR - Barras
- Gráfico 4.10 Rol de inicio de acciones legales por la PP-CGR
- Gráfico 4.11 Rol de la PP-CGR de obtener resultados favorables - Barras
- Gráfico 4.12 Rol de la PP-CGR de adoptar medidas cautelares - Barras
- Gráfico 4.13 Rol de la PP-CGR de cobrar las sumas sentenciadas - Barras
- Gráfico 4.14 Solvencia de los servidores públicos ante medidas cautelares - Barras
- Gráfico 4.15 Encubrimiento fraudulento de patrimonio de los servidores públicos - Barras
- Gráfico 4.16 Limitaciones del procedimiento judicial/registral para trabar medidas cautelares - Barras
- Gráfico 4.17 Prioridad de la adopción de medidas cautelares para la PP-CGR - Barras
- Gráfico 4.18 Solvencia de los servidores públicos para pagar las sumas sentenciadas - Barras
- Gráfico 4.19 Encubrimiento fraudulento del patrimonio de los servidores ante sumas sentenciadas - Barras
- Gráfico 4.20 Limitaciones del proceso judicial/registral para cobrar sumas sentenciadas - Barras
- Gráfico 4.21 Prioridad del cobro de las sumas sentenciadas para la PP-CGR - Barras
- Gráfico 4.22 Constitución de garantía previa para el ejercicio de las funciones - Barras

Gráfico 4.23 Constitución de garantía posterior para poder continuar en el ejercicio de funciones - Barras

Gráfico 4.24 Separación del cargo hasta que deudores cumplan con pagar suma sentenciada - Barras

Gráfico 4.25 Inicio de proceso de insolvencia contra deudores morosos - Barras

Gráfico 4.26 Inclusión de contratistas como civilmente responsables en los informes de control - Barras

Gráfico 4.27 Otorgamiento de porcentaje de cobro efectivo a la PP-CGR - Barras

Gráfico 4.28 Afectación de presupuesto de entidades negligentes – Barras

Gráfico 4.29 Derivación de cobranzas a entidades directamente afectadas – Barras

Gráfico 4.30 Importancia de promover la correcta utilización de los recursos y bienes del Estado - Barras

Gráfico 4.31 Importancia de promover el desarrollo honesto de los servidores públicos - Barras

Gráfico 4.32 Importancia de orientar a las entidades en el mejoramiento de sus actividades - Barras

Gráfico 4.33 Importancia de mitigar los riesgos de incumplimiento de metas de las entidades - Barras

Gráfico 4.34 Importancia de señalar responsabilidades identificadas en los informes de control - Barras

Gráfico 4.35 Importancia de reducir la impunidad de los servidores públicos – Barras

Gráfico 4.36 Importancia de elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR - Barras

Gráfico 4.37 Importancia de resarcir al Estado de los daños ocasionados por los servidores - Barras

Gráfico 4.38 Importancia de colaborar con la gestión de las entidades afectadas - Barras

Gráfico 4.39 Importancia de colaborar en la lucha contra la corrupción - Barras

Gráfico 4.40 El marco legal prohíbe incorporar a los terceros en los informes de control - Barras

Gráfico 4.41 El marco legal no prevé incorporar a los terceros en los informes de control - Barras

Gráfico 4.42 Se requiere desarrollar un marco legal para incorporar a los terceros en los informes - Barras

Gráfico 4.43 Se requiere mayores recursos humanos y logísticos - Barras

Gráfico 4.44 Los contratistas no colaboran con el control gubernamental - Barras

Gráfico 4.45 Ventaja de reducir la impunidad de los servidores públicos - Barras

Gráfico 4.46 Ventaja de elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR - Barras

Gráfico 4.47 Ventaja de resarcir al Estado de los daños que le han sido ocasionados - Barras

Gráfico 4.48 Ventaja de colaborar con la gestión de las entidades afectadas - Barras

Gráfico 4.49 Ventaja de desincentivar las conductas dolosas y culposas de los contratistas públicos - Barras

Gráfico 4.50 Inclusión de los terceros como civilmente responsables en los informes - Barras

Gráfico 4.51 Impedir contratar a los contratistas con procesos de indemnización en trámite - Barras

Gráfico 4.52 Obligar a los servidores a constituir una garantía previa al ejercicio de sus funciones - Barras

Gráfico 4.53 Separar a los servidores hasta que cumplan con garantizar la suma sentenciada - Barras

Gráfico 4.54 Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades afectadas - Barras

## RESUMEN

<sup>1</sup> La escasa efectividad del resarcimiento de los perjuicios ocasionados al Estado a partir de la responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR, que actualmente incorporan solo a funcionarios públicos de escasa solvencia económica y no a los terceros (empresas contratistas, por lo general) que coadyuvaron a ocasionar el perjuicio, es un serio problema público.

En efecto, los daños y perjuicios <sup>1</sup> ocasionados al Estado, que son evidenciados en los informes de control que identifican responsabilidad civil en funcionarios y servidores públicos, no se cobran o <sup>1</sup> estarían siendo mínimamente resarcidos, no obstante que los respectivos procesos civiles iniciados por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República son mayoritariamente exitosos. En la última década las sumas sentenciadas a favor del Estado por daños identificados en informes de control, <sup>1</sup> han sido por varios cientos de millones de soles, pero las sumas recuperadas <sup>22</sup> en la etapa de ejecución de sentencia han sido mínimas.

En el presente trabajo de investigación aplicada, se pretende explicar las relaciones causa-efecto de este problema <sup>53</sup> y formular dos propuestas de cambio del marco legal. Una, generar incentivos en los funcionarios y servidores públicos a fin que cumplan con pagar las sumas sentenciadas antes mencionadas. Dos, incorporar a los terceros, especialmente en el caso de los contratistas del Estado, cuando en los informes de control se hubiera determinado que habrían <sup>27</sup> ocasionado un daño al Estado por incumplimiento de sus respectivas obligaciones, individualmente o coadyuvando con los funcionarios y servidores públicos.

Las citadas propuestas requieren conocer la situación actual sobre la materia y realizar un andamiaje jurídico que nos permita sustentar su viabilidad y legitimidad, pues su implementación producirá cambios notables en la ejecución del control gubernamental, en sus resultados y en el valor agregado que el ente rector de control brinda a la población.

**Palabras clave:** *contratación pública, incumplimiento de obligaciones, daños al Estado, informes de control, resarcimiento, responsabilidad civil.*

## ABSTRACT

The scant effectiveness of the compensation for the damages caused to the State from the civil liability identified in the control reports of the CGR, which currently only include public officials with low economic solvency and not third parties that contributed to causing the damage (contracting companies, generally), is a serious public problem.

Indeed, the damages caused to the State, evidenced in the control reports that identify civil liability of public officials and servants, are not collected or minimally compensated, despite the fact that the respective civil proceedings initiated by the Public Prosecutor's Office of the Comptroller General of the Republic are mostly successful. In the last decade, the sums sentenced in favor of the State for damages identified in control reports have been several hundred million soles, but the sums recovered in the sentence execution stage have been minimal.

This applied research work will try to explain the cause-effect relationships of this problem, and formulate two proposals for changing the legal framework. One, to generate incentives in officials and public servants so that they comply with paying the sentenced sums mentioned above. Two, to incorporate third parties, especially in the case of State contractors, when it has been determined in the control reports that they have generated damage to the State for breach of their respective duties, individually or collaborating with public officials and servants.

The aforementioned proposals require knowing the current situation on the matter and carrying out a legal scaffolding that allows us to support its viability and legitimacy, since its implementation will produce notable changes in the execution of government control, in its results, and in the added value that the governing body of control it provides to the population.

**Keywords:** *public procurement, breach of obligations, damage to the State, control reports, compensation, civil liability.*

## INTRODUCCIÓN

La evidencia preliminar recogida hasta el momento indica que el Estado habría dejado de recuperar de 800 a 1,000 millones de soles en los últimos años por concepto de los resarcimientos de los daños ocasionados al Estado por las personas identificadas en los informes de control de la Contraloría General de la República (CGR), sentenciadas como civilmente responsables por el Poder Judicial.

Esta situación, que impacta sobre el presupuesto nacional requerido para sufragar los servicios que debe suministrar el Estado a los ciudadanos, necesita ser corregida. Por ello, este trabajo de investigación aplicada observará la situación actual, el marco legal existente, establecerá relaciones de causa efecto y analizará desde varias perspectivas la información recopilada a fin de plantear una solución al problema, que esté soportada por adecuadas bases teóricas y principios generales del Derecho.

Al efecto, parte importante es observar la situación actual y explicar la relación de causa a efecto entre las personas (funcionarios y servidores públicos) que son identificadas como civilmente responsables en los informes de control de la CGR y el escaso resarcimiento de los daños ocasionados al Estado, utilizando como variable la solvencia económica de los sujetos involucrados. En segundo lugar, producto de dicha explicación, se sentarán las bases para, de manera deductiva, investigar y analizar en qué medida es legítimo y factible extender la citada responsabilidad civil a los terceros (proveedores y contratistas) que, sin ejercer función pública, ocasionaron un daño a las entidades del Estado por incumplimiento de sus obligaciones, individualmente o coadyuvando con los funcionarios y servidores públicos involucrados, cual permitiría aumentar las posibilidades de recupero de las sumas indemnizatorias.

Una vez alcanzados dichos objetivos, se podrá estar en capacidad de proponer una alternativa idónea que incluya una modificación del marco legal vigente, incentive el pago de las sumas sentenciadas, contribuya a la mejora de los productos de control, promueva una mayor confianza de la ciudadanía en sus instituciones y, finalmente, genere mayores oportunidades de desarrollo y mejores servicios a la población.

El marco conceptual, a partir del estado del arte, tendrá una significativa importancia, entre otras, para orientar la clasificación de la recolección en el campo de la información sobre los procesos civiles seguidos y concluidos por la Procuraduría Pública de la CGR durante un periodo de un año (2017) y definir adecuadamente el fenómeno bajo estudio, así como para identificar los montos involucrados, tipo de demandados, porcentajes de éxito e importes recuperados.

Los objetivos de este trabajo requieren observar y analizar una serie de componentes en cada una de las etapas y categorías del proceso de investigación, los cuales, a su vez, estarán divididos en actividades. Cada una de estas actividades, componentes, propósitos y fines mencionados en este marco teórico, partirán de ciertos supuestos que serán acreditados de forma adecuada con sus respectivos medios de verificación y medidos por indicadores de resultados. De esta manera, las actividades que se realicen serán el sustento de los componentes necesarios para el logro de los objetivos y propósitos de este trabajo de investigación aplicada y, por último, serán la base para los fines a los cuales está dirigido.

Esta metodología de trabajo será plasmada siguiendo el orden esbozado que comienza por la contextualización de la situación actual y del marco normativo de derecho público en el cual ejerce sus atribuciones y potestades la CGR, a fin de continuar con las diferentes categorías previstas y la respectiva argumentación debidamente sustentada que permita confirmar la hipótesis principal y obtener los objetivos previstos.

Para tal efecto, en el presente trabajo de investigación aplicada (TIA) se explicarán las funciones de poder del Estado, los alcances de la potestad constitucional de control gubernamental de la CGR y su especial relación con la cautela de los bienes y recursos públicos, así como con los funcionarios y servidores públicos, bajo la perspectiva del derecho público y, en particular, del control gubernamental. De modo complementario, se evaluará la relación de los funcionarios y servidores públicos con las entidades en las cuales ejercen sus funciones y, en esa misma línea, se analizará la naturaleza de la relación que existe entre las entidades y los terceros (contratistas y proveedores), las acciones en caso de incumplimiento, el órgano encargado de la defensa del Estado y el órgano jurisdiccional que administre justicia en cada caso.

En ese orden de ideas, se examinará la experiencia nacional en materia de contrataciones que otorga a las entidades públicas la capacidad de accionar civilmente el resarcimiento de los daños ocasionados por proveedores y contratistas del Estado en la vía arbitral; analizando los problemas prácticos que este escenario presenta; y, adicionalmente, se revisarán las experiencias internacionales de otras Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) sobre la materia, dentro del marco de las ISSAI.

A continuación, se expondrán las teorías sobre los tipos de responsabilidad civil: contractual y extracontractual, sin descartar la novedosa teoría del daño, con la finalidad de entender el sustento de los informes de control de la CGR, que, además, servirá de base para involucrar a los proveedores y contratistas del Estado -sean de bienes, servicios u obras-, como civilmente responsables cuando coadyuven con los funcionarios y servidores públicos en la generación de daños a aquel.

Además, se analizará el significado de la responsabilidad civil por daños ocasionados al Estado, para lo cual la investigación se remitirá, en primer lugar, al marco normativo sobre la materia y, después, a las teorías que la explican, incluyendo a sus elementos clásicos de sujetos -activo y pasivo-, antijuridicidad, nexo causal, factor de atribución y daño.

Finalmente, se apreciarán las posiciones teóricas que existen en el estudio académico de la relación entre la CGR y las personas (naturales o jurídicas) que ocasionan daños al Estado por inexecución de sus obligaciones y que participan junto con los funcionarios y servidores públicos en la generación del evento dañoso en perjuicio de aquél, identificado en la respectiva acción o servicio de control.

En este trabajo se intentará formular, pues, sendas propuestas para incentivar el pago de las sumas sentencias por parte de los funcionarios y servidores públicos ejecutados, así como, adicionalmente, una teoría que, con un enfoque pragmático, permita incorporar a los terceros como civilmente responsables en los informes de control; problemas planteados en este trabajo de investigación aplicada que requieren se optimice la efectividad del resarcimiento de los perjuicios ocasionados al Estado a partir de la responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR.

## CAPÍTULO 1. PREGUNTA, OBJETIVO E HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

### 1.1. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN. DATOS COMPLEMENTARIOS

La línea de investigación de este trabajo gira en torno a: (1) la cadena de valor del Sistema Nacional de Control: corrupción, la inconducta funcional y la deficiencia de la gestión; y, (2) el ecosistema de rendición de cuentas y control público.

Este TIA investigará y propondrá mejoras en los procesos y servicios (productos) del control gubernamental; y, adicionalmente, investigará la sanción efectiva a servidores públicos y a aquellos otros que hubiesen ocasionado daño al Estado, identificados por la Contraloría General de la República (CGR).

La propuesta tendrá un especial énfasis en la eficacia de los resultados del control gubernamental en lo relacionado con la identificación de responsabilidades civiles, a partir de la incorporación de los terceros como corresponsables del daño ocasionado al Estado, lo cual permitirá garantizar el debido y oportuno resarcimiento de los respectivos perjuicios.

La investigación será propositiva, cualitativa y aplicada. Se desarrollará mediante la utilización de métodos de tipo observacional, tomando como referencia data, encuestas y determinados casos de estudio.

### 1.2. ENUNCIACIÓN Y DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA PÚBLICO

#### **Enunciación**

El problema público es la escasa efectividad del resarcimiento de los perjuicios ocasionados al Estado a partir de la responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR, que actualmente incorporan solo a funcionarios públicos de escasa solvencia económica y no a los terceros (empresas, por lo general) que ocasionaron un

daño al Estado, individualmente o coadyuvando con los funcionarios y servidores públicos que no garantizan el recupero de los referidos daños.

### Descripción

El problema consiste en que los daños y perjuicios ocasionados al Estado que son evidenciados en los informes de control que identifican responsabilidad civil en funcionarios y servidores públicos, no se cobran o estarían siendo mínimamente resarcidos, no obstante que los respectivos procesos civiles iniciados por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República son mayoritariamente exitosos. En la última década las sumas sentenciadas a favor del Estado por daños identificados en informes de control, los cuales asumimos como válidos para efectos de este trabajo, han sido por varios cientos de millones de soles.

Según Shack (2020), la Contraloría General de la República interpone anualmente cientos de demandas indemnizatorias por millones de soles contra cientos de servidores públicos que ocasionaron perjuicios al Estado, de acuerdo a la identificación de responsabilidades realizadas en informes de control. Así, por ejemplo, en el año 2019 se emitieron 2285 informes de control posterior, de los cuales 850 correspondieron a auditorías de cumplimiento que identificaron un perjuicio económico de 792 millones de soles. Asimismo, en dicho ejercicio fiscal, se generaron 557 servicios de control específico, los cuales identificaron un perjuicio económico de 128 millones de soles. En total, en un solo año más de 900 millones de soles fueron identificados como perjuicio económico al Estado (p. 9).

La citada problemática de costo-efectividad de los informes de control ha sido también expuesta públicamente por el Contralor General de la República en la VII Conferencia Anual Anticorrupción Internacional - CAAI 2017 y en dos trabajos publicados por la Contraloría General de la República en el año 2020, así como, también, en un último trabajo con data e información desarrollado en el año 2021 por Shack et al.

De acuerdo a información preliminar de la Procuraduría Pública de la CGR, en el año 2017 más del noventa por ciento (90%) de los procesos de responsabilidad civil seguidos contra funcionarios públicos que ocasionaron daños al Estado, identificados en los informes de control de la CGR, concluyeron con sentencia favorable que declaró fundada la demanda indemnizatoria interpuesta por la CGR. No obstante, estas sumas sentenciadas a favor del Estado no pudieron ser garantizadas durante el proceso y, finalmente, resultaron incobrables en la etapa de ejecución de sentencia, pese a las gestiones realizadas por la Procuraduría Pública para lograr algún recupero.

En ninguno de esos procesos, los informes de control incorporaron como corresponsables civiles de los millonarios daños y perjuicios ocasionados al Estado a las empresas que habían contratado con el Estado e incumplido sus obligaciones legales o contractuales, limitándose a identificar como responsables civiles a los funcionarios o servidores públicos, de escasa solvencia económica o que ocultaron fraudulentamente su patrimonio real y personal.

En efecto, la CGR carece de un marco legal apropiado para identificar en sus informes de control la responsabilidad civil de los terceros que hubiesen generado daños ocasionados al Estado e incorporarlos como responsables.

En paralelo, el marco legal vigente tampoco genera incentivos para que los funcionarios y servidores públicos garanticen el resarcimiento de los daños y perjuicios al Estado,

El efecto inmediato de estas desfavorables situaciones es que se reduce la posibilidad de lograr un resarcimiento adecuado al dejar de cobrar el Estado cientos de millones de soles cada año, aumentando la impunidad.

Uno de los graves problemas es que las consecuencias en el país no son solo económicas, sino también sociales y políticas, afectando a toda la población y al Estado democrático y constitucional de derecho, como veremos a continuación.

A nivel económico, como hemos adelantado, el Estado deja de percibir cientos de millones de soles por que los funcionarios demandados carecen, por regla general, de solvencia económica o, cuando la tienen, ocultan fraudulentamente su patrimonio.

“De acuerdo al Reporte de Economía y Desarrollo (RED) 2019 del CAF - Banco de Desarrollo de América Latina, la consecuencia negativa más evidente es el daño patrimonial al Estado, con el consiguiente costo de oportunidad para una mayor cobertura y mejor calidad en la provisión de los bienes, servicios y obras públicas que la ciudadanía demanda y que el proceso de crecimiento económico requiere” (como se cita en Shack, 2020, p. 13).

La mencionada ineficacia en el cobro de las millonarias indemnizaciones sentenciadas a favor del Estado, también tiene efectos sociales, en especial, en el perjuicio a la población de menores recursos de nuestro país. Las limitaciones presupuestarias retardan su inclusión y reducen sus limitadas oportunidades de desarrollo, así como impiden que los ciudadanos cuenten con las obras, bienes y servicios que el Estado les debe proveer, lo que, en última instancia, afecta sus derechos fundamentales. Según Shack (2020), en la dimensión social “la corrupción e inconducta funcional tienen un efecto distributivo regresivo. Afectan significativamente más a los que menos tienen”. (p. 13)

Por último, se debe tener presente que también existen efectos políticos, igualmente graves. La citada ineficiencia, ineficacia e impunidad disminuyen la confianza de la ciudadanía en las instituciones, lo cual socava las bases del estado constitucional de derecho democrático.

Según Yván Montoya (2015):

La corrupción no solo afecta a los denominados derechos civiles y políticos, sino también a los económicos, sociales y culturales (DESC), como el derecho a una vivienda digna, a la salud y el acceso a la educación... De este modo, si considerásemos la corrupción como una afectación a la correcta asignación de

los recursos públicos, favoreciendo intereses privados y en detrimento de la concreción del bien común a través del favorecimiento de políticas públicas, llegaríamos al desvío irregular de caudales públicos que debieran ser asignados a satisfacer necesidades de vivienda, educación y salud, algo que afectaría el sentido programático de los DESC y su salvaguarda por parte del Estado, más aún en el caso de poblaciones extremadamente vulnerables. (p. 21)

### 1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA PÚBLICO

Resulta importante investigar este tema porque actualmente e, incluso, desde hace varios años, no se llega a recuperar millonarias sumas por concepto de los resarcimientos de los daños ocasionados al Estado que han sido identificados en los informes de control de la CGR y sentenciados por el Poder Judicial. Dichos informes de control y las subsecuentes demandas ante el Poder Judicial, se limitan, por el actual marco legal, a identificar como responsables civiles a los funcionarios o servidores públicos, carentes de solvencia económica y sin incentivos para pagar las sumas sentenciadas, omitiendo incorporar a los terceros (proveedores o contratistas) civilmente corresponsables.

Al efecto, se requiere ofrecer una propuesta de reformas normativas para garantizar la eficacia del resarcimiento de los daños ocasionados al Estado identificados en los informes de control de la CGR, mediante el desarrollo de un marco legal apropiado que, por un lado, incentive a los funcionarios públicos a pagar las sumas sentenciadas; y, por otro lado, permita incorporar a los terceros como civilmente responsables o corresponsables, cuando corresponda, más aún cuando estos últimos que contratan con el Estado (empresas, por lo general), tienen un patrimonio considerable y acorde al monto de los contratos cuya buena pro se adjudican, así como un importante respaldo financiero para garantizar el pago de sus obligaciones.

Los beneficios serán significativos e inmediatos, a partir de la premisa que los informes de control sean válidos y con arreglo a ley, pues las reformas legales que se

propondrán permitirán el efectivo <sup>1</sup> resarcimiento de los millonarios daños y perjuicios ocasionados al Estado, así como reducirán <sup>7</sup> la impunidad de todos aquellos responsables del injusto civil, lo cual conllevará a reducir la pobreza y revertir la actual desconfianza de los ciudadanos en sus instituciones y en el sistema democrático de derecho, aparte de generar más recursos al tesoro público para incrementar las posibilidades y oportunidades de desarrollo de la población, promover la inclusión de los más vulnerables y, además, brindarles mejores servicios públicos y de calidad.

Como muestra de los cuantiosos importes involucrados, cabe mencionar que solo en el año 2017 <sup>7</sup> la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República interpuso 70 acciones civiles de indemnización solicitando el pago de más de 376 millones de soles por daños y perjuicios <sup>1</sup> ocasionados al Estado que fueron identificados en los informes de control.

Como puede apreciarse, el problema es importante y urgente, por lo cual debe ser enfrentado a la brevedad para encontrar soluciones adecuadas que contrarresten las ineficacias en la materia. Ello evitará se siga afectando al Estado y a la ciudadanía, así como contribuirá a aumentar el prestigio de la Contraloría General de la República como eslabón clave de la cadena anticorrupción, colaborando con el aporte de insumos de calidad (léase informes de control) para que el proceso de administración de justicia logre resultados efectivos y no victorias pírricas. Este trabajo de investigación aplicada pretende promover resultados favorables con impacto final que agreguen valor a la población.

#### 1.4 ANTECEDENTES

Nuestra Carta Magna ha otorgado a la <sup>30</sup> Contraloría General de la República (CGR) la potestad de ejercer el control gubernamental como ente rector <sup>45</sup> del Sistema Nacional de Control. (Congreso Constituyente Democrático, 1993. Constitución Política del Perú de 1993, artículo 82)

Respecto a la potestad de control gubernamental, en general, Dromi (1996) afirma que:

El Estado de derecho impone al actuar de la Administración principios y criterios de probidad administrativa y pública, rectitud y moralidad en el obrar, que deben ser afianzados en los procedimientos de control interno y externo del quehacer público, estatal o no. (p.172)

Dentro de las principales atribuciones de control gubernamental de la CGR desarrolladas por el derecho público se encuentra la función o potestad de 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.

Estas atribuciones han sido plasmadas en la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República que, aparte de regular su respectivo ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento, impone al ente rector de control “propender al “desarrollo honesto y probo de las funciones y los actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad de orientar al mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación.” (Congreso de la República, 2002, Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República de 2002, artículo 2°)

De esta manera, la CGR goza de la potestad de control y fiscalización de todo el Estado a nivel de ente rector, lo cual incluye la facultad de identificar a aquellas personas que afecten el uso y destino de los recursos y bienes del Estado.

La Contraloría General de la República (CGR) desarrolla, para tal efecto, un marco legal para un ejercicio oportuno eficaz y eficiente de su potestad de control gubernamental, colaborando con la prevención y lucha contra la corrupción.

La referida potestad y su orientación no solo está plasmada expresa e implícitamente en nuestra Carta Magna sino también en los tratados internacionales que nuestro país ha refrendado, sobresaliendo la Convención Interamericana contra la Corrupción (1997) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004).

El Perú también orienta su actuación a las buenas prácticas internacionales sobre la materia, dentro de las cuales destacan los lineamientos u objetivos de la denominada Agenda para el Desarrollo Sostenible de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Así, por ejemplo, el Objetivo 16 de la Agenda para el Desarrollo Sostenible (la Agenda 2030) apunta a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que faciliten el acceso equitativo a la justicia y que se basen en el respeto de los derechos humanos, el estado de derecho efectivo y la buena gobernanza en todos los niveles. Para este fin, es necesario desarrollar instituciones transparentes, eficaces, responsables y sin corrupción.

En este sentido, conforme a la citada Agenda 2030, la contratación pública se presenta como una herramienta estratégica para la mejora de la vida de la ciudadanía al tiempo que se adoptan medidas para mitigar, dentro del ámbito de la gestión pública, los riesgos de irregularidades, ineficiencias, fraude y corrupción.

El I Informe del Observatorio de los ODS en el Sector Público (2022), señala que, para mitigar la corrupción en materia de contratación pública, lo cual incluye irregularidades e ineficiencias, se requiere, de manera preventiva, desarrollar tres ejes: transparencia, publicidad y rendición de cuentas.

En el documento denominado Visión Estratégica de UNODC para América Latina y el Caribe 2022-2025, la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés), afirma en relación con las percepciones de corrupción e impunidad, lo siguiente:

A nivel global, la corrupción y los delitos económicos relacionados están impactando la estabilidad sociopolítica y la prosperidad económica de los países, lo que obstaculiza la efectiva implementación de la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Este fenómeno es particularmente relevante en América Latina y el Caribe, región que sostiene la más alta y creciente percepción de que el gobierno es corrupto (cerca del 80%). Los casos de corrupción de alto perfil que revelan redes a lo largo y ancho de la región han estado bajo la lupa recientemente. En la región existe una amplia percepción de impunidad, agravada por un sistema de justicia penal saturado que ha derivado en una pérdida de confianza en el mismo por parte de la población. (p. 15)

Fruto de la mencionada visión estratégica la citada Oficina de las Naciones Unidas ha decidido priorizar acciones en cuatro áreas temáticas en América Latina y el Caribe, siendo la primera la lucha contra la corrupción y los delitos económicos, lo cual demuestra la importancia del problema en la región.

No obstante este marco constitucional y legal, buenas prácticas, objetivos y lineamientos internacionales en materia de promoción de la integridad y lucha contra la corrupción, el Estado peruano y, en particular, la CGR, adolece de serios problemas para ejercer su potestad con eficiencia y eficacia en el deslinde de responsabilidad civil e identificación de las personas que han generado daños al Estado, así como en la optimización efectiva de las respectivas sumas resarcitorias señaladas por el Órgano Jurisdiccional en los procesos indemnizatorios interpuestos oportunamente por la CGR. Estos antecedentes constituyen el marco para el desarrollo del presente trabajo de investigación aplicada.

## 1.5 PREGUNTAS Y OBJETIVOS

### - PREGUNTA GENERAL

¿Por qué hay una escasa efectividad en el resarcimiento de los daños ocasionados al Estado que han sido precisados en los informes de

control de la CGR que identifican responsabilidad civil solo a funcionarios públicos y no incorporan a los terceros que hubiesen participado en la generación de dichos daños?

- PREGUNTAS ESPECÍFICAS

¿Por qué el Estado no ha cobrado las sumas indemnizatorias señaladas en las sentencias emitidas por el Poder Judicial en el período 2017 en contra de los funcionarios y servidores públicos que fueron identificados como civilmente responsables en los informes de control de la CGR?

¿Por qué en los informes de control no se identifica responsabilidad civil a terceras personas que, sin ejercer función pública, ocasionaron daños y perjuicios al Estado, sentenciados en el período 2017?

- OBJETIVO GENERAL

Proponer una alternativa de solución legal que permita a futuro mejorar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Estado, mediante la creación de incentivos para los funcionarios públicos sentenciados y la incorporación de los terceros que hubiesen ocasionado un daño identificado en los informes de control de la CGR.

- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- El Estado no ha cobrado las sumas indemnizatorias señaladas en las sentencias emitidas por el Poder Judicial en el período 2017 en contra de los funcionarios y servidores públicos que fueron identificados como civilmente responsables en los informes de control de la CGR, porque carecen de solvencia económica y existen limitaciones en el marco legal para incentivar su cumplimiento, por lo cual se requieren proponer alternativas legales de solución.

- En los informes de control de la CGR concluidos con sentencias favorables en el período 2017, no se identificó responsabilidad civil a los terceros (empresas proveedoras o contratistas) que, sin ejercer función pública, habían ocasionado daños y perjuicios al Estado, por limitaciones en el marco legal del Sistema Nacional de Control y de la CGR, entre otros, por lo cual se requieren proponer alternativas legales de solución.

## 1.6 HIPÓTESIS

### HIPÓTESIS GENERAL

Una propuesta legal para extender a los terceros, que no ejercen función pública, la responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR, así como generar incentivos para el pago a los funcionarios sentenciados, permite mejorar a futuro el resarcimiento por los daños que hubiesen ocasionado al Estado por el incumplimiento de sus obligaciones.

### HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

El Estado no ha cobrado las sumas indemnizatorias señaladas en las sentencias emitidas por el Poder Judicial en el período 2017 en contra de los funcionarios y servidores públicos que fueron identificados como civilmente responsables en los informes de control de la CGR, porque carecen de solvencia económica y existen limitaciones en el marco legal para incentivar su cumplimiento.

En los informes de control de la CGR concluidos con sentencias favorables en el período 2017, no se identificó responsabilidad civil a los terceros (empresas proveedoras o contratistas) que, sin ejercer función pública, habían ocasionado daños y perjuicios al Estado, por limitaciones en el marco legal del Sistema Nacional de Control y de la CGR.

CUADRO 1.1 MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES		INDICADORES		METODOLOGÍA
			DEPENDIENTE	INDEPENDIENTE	DEPENDIENTE	INDEPENDIENTE	
PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO PRINCIPAL	HIPÓTESIS GENERAL					
¿Por qué hay una escasa efectividad en el resarcimiento de los daños ocasionados al Estado a partir de la responsabilidad identificada en los informes de control (que actualmente incorporan solo a los servidores públicos y no a los terceros)?	Proponer una alternativa de solución económica y legal que permita a futuro mejorar el resarcimiento efectivo de los daños ocasionados al estado mediante la incorporación de terceros en los informes de control que establezcan responsabilidad civil	La propuesta de solución económica y legal, tanto a funcionarios públicos sentenciados como a terceros que no ejercen función pública, permite mejorar a futuro el resarcimiento efectivo de los daños ocasionados al Estado	Mejora del resarcimiento efectivo de los daños ocasionados al Estado	Incorporación de los terceros en los informes de control que establezcan responsabilidad civil	% de sumas indemnizatorias cobradas / total de indemnizaciones establecidas por sentencia firme	% de terceros incorporados en los informes de control que establezcan responsabilidad civil / total de informes de control que establezcan responsabilidad civil	Investigación aplicada, analítica, propositiva y principalmente cualitativa. Usa procesos de observación, selección, coordinación e interpretación de fuentes primarias y secundarias. Destacan los informes de control, bases de datos, casos de estudio y encuestas a expertos.
PROBLEMAS SECUNDARIOS	OBJETIVOS SECUNDARIOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS					
¿Por qué el Estado no ha cobrado sumas indemnizatorias señaladas en sentencias emitidas por el Poder Judicial en el periodo 2017 en contra de servidores públicos que fueron identificados como civilmente responsables en los informes de control de la CGR	Comprender las razones por las que el Estado no ha cobrado las sumas indemnizatorias señaladas en las sentencias emitidas por el Poder Judicial en contra de servidores públicos, a fin de mejorar el resarcimiento de los daños ocasionados al Estado	La comprensión de las razones por las que el Estado no ha cobrado las sumas indemnizatorias señaladas en las sentencias emitidas por el Poder Judicial en el periodo 2017 en contra de servidores públicos, permite mejorar el resarcimiento de los daños ocasionados al Estado, identificados en los informes de control	Ineficacia del resarcimiento efectivo de los daños ocasionado al Estado por falta de solvencia económica de los servidores públicos	Servidores públicos identificados como responsables civiles en los informes de control	% de sumas indemnizatorias / total de indemnizaciones establecidas por sentencia firme	% de servidores públicos identificados como responsables en los informes de control / total de informes de control que establecen responsabilidad civil	
¿Qué limitaciones existen para que en los informes de control no se identifique responsabilidad civil a terceras personas que, sin ejercer función pública, ocasionaron daños al Estado, sentenciados en el periodo 2017?	Mejorar el resarcimiento efectivo de los daños ocasionados al Estado mediante la incorporación de los terceros en los informes de control que establezcan responsabilidad civil	La incorporación de los terceros en los informes de control que identifican responsabilidad civil, permite mejorar el resarcimiento de las sumas indemnizatorias por los daños ocasionados al Estado	Mejora del resarcimiento efectivo de los daños ocasionados al Estado modificando el marco legal vigente	Modificación del marco legal para la incorporación de los terceros en los informes de control que establezcan responsabilidad civil	Número de demandados identificados en los informes de control sin modificación del marco legal / número de demandados identificados en los informes de control con modificación del marco legal	% de informes de control que identifican responsabilidad civil de terceros / total de informes de control que establecen responsabilidad civil	

CUADRO 1.2 IDEAS FUERZA DEL TIA

PROBLEMA PÚBLICO	TÍTULO DEL TIA	TEORÍAS QUE SUSTENTAN EL TIA	LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN DE LA ENC	OBJETIVO PRINCIPAL DEL TIA	PRINCIPALES RESULTADOS O LOGROS QUE BUSCA EL TIA	DÓNDE SE APLICA Y PERÍODO DE INVESTIGACIÓN
¿Por qué hay una escasa efectividad en el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Estado a partir de la responsabilidad identificada en los informes de control (que actualmente incorporan solo a los funcionarios públicos y no a los terceros que ocasionaron daños y perjuicios)?	Propuesta de alternativa de solución legal y económica para mejorar el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al Estado, en los informes de control de la CGR. Período 2017.	Teorías de derecho público, constitucional, derecho civil y derecho económico.  Estas permitirán sustentar la incorporación de los terceros como civilmente responsables en los informes de control, así como generar incentivos a los funcionarios para el pago de las sumas sentenciadas, a fin de mejorar a futuro el resarcimiento efectivo de los daños ocasionados al Estado.	(1) La cadena de valor del Sistema Nacional de Control: corrupción, la inconducta funcional y la deficiencia de la gestión  (2) El ecosistema de rendición de cuentas y control público.  Este TIA propondrá mejoras en los productos del control, así como en la sanción efectiva a servidores públicos y terceros que ocasionen daños al Estado.	Proponer una alternativa de solución económica y legal que permita a futuro mejorar el resarcimiento efectivo de los daños ocasionados al Estado mediante la incorporación de los terceros en los informes de control que establezcan responsabilidad civil, así como mediante la generación de incentivos a los funcionarios y servidores públicos para que paguen las sumas sentenciadas.	Mejorar a futuro el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Estado identificados en los informes de control, mediante la incorporación de los terceros como civilmente corresponsables, así como incentivar a los funcionarios y servidores públicos para que paguen las sumas sentenciadas.	El TIA se aplica a nivel nacional. Período examinado: 2017.

## **CAPÍTULO 2. MARCO CONCEPTUAL**

### **2.1 EL ESTADO Y LAS FUNCIONES DEL PODER**

Cuando los seres humanos comprenden que su libertad absoluta no les facilita la vida en convivencia pues están sometidos de manera frecuente a situaciones de incertidumbre o conflicto relacionadas con el ejercicio de su libertad, deciden que es preferible establecer algunas reglas o condiciones para vivir de manera pacífica, en sociedad, compartiendo valores básicos y ciertas metas.

Santo Tomás de Aquino, sostenía que:

es natural al hombre la vida en sociedad y en acción con sus semejantes, pues por sí solo no puede conseguir lo que necesita, es necesario que exista entre ellos alguien que los gobierne. En efecto, no ocupándose cada uno más que de sus propios intereses, la sociedad se disgregaría si no hubiera alguien a quien le incumbiese el cuidado del bien común (como se cita en García Toma, 2014, p. 121).

Posteriormente, cuando los seres humanos comienzan a cuestionar la concentración de un poder absoluto en un solo monarca y empiezan, en paralelo, a vislumbrar ideales de libertad, se da lugar al inicio de filosofías promotoras del imperio de las leyes y no de las personas. A partir de ese momento se empiezan a bosquejar lo que posteriormente logró alcanzar el nivel de pactos sociales, también denominados contratos sociales.

En virtud de esos pactos, que luego han sido plasmados de manera formal en Constituciones, los seres humanos organizados en sociedades, comenzaron a generar conjuntos de derechos y obligaciones para todos sus miembros, en línea con los valores y metas establecidos, que el conjunto o sociedad como colectivo se debía comprometer a proteger. Para tal efecto, cada uno de los adherentes al pacto social renuncia a su libertad absoluta, la cual se transforma, por propia decisión, en una libertad regulada para desarrollar y conservar el orden que la vida en común requiere.

La suma de las cuotas de libertad cedidas por cada uno de los miembros de la sociedad se transforma en un conjunto que permite al grupo el desarrollo y conservación del orden antes mencionado para el logro de las metas establecidas y los valores esenciales compartidos, con la fuerza necesaria para imponerlos, si fuese necesario.

El experto Salazar (2021), que desarrolla dicha idea, utiliza una destacada frase para describir dicha situación:

las cuotas de libertades cedidas, alegóricamente, se fusionan y se transforman en una Fuerza Ordenadora, es decir, en una fuerza capaz de generar un orden y de activar dicho orden. Esa fuerza es el Poder. Y, por su parte, el Poder tiene una finalidad central y es la de coadyuvar a que la Sociedad haga realidad los valores y alcance las metas programáticas que justifican la existencia de dicha Sociedad. (p. 67)

Este poder, cuando se desarrolla de manera organizada por una población, en un territorio determinado, configura lo que en derecho moderno se ha denominado el Estado.

García Toma (2014), considera al Estado como:

una sociedad política, autónoma y organizada para estructurar la convivencia de la vida moderna, dado que comprende a un conjunto de personas que se relacionan por la necesidad común de imperativos afines de conservación y unidad de desarrollo coexistencial, para lo cual requiere de la institucionalización de un aparato con poder político y de un sistema jerárquico de normas convivenciales. (p. 257)

Según Dromi (2004), el Estado es “la perfecta organización jurídico-política de la comunidad que procura el bien común.” En una revisión histórico filosófica, el citado autor considera que la relación hombre-sociedad plasmada en la realidad social, requiere, de manera imprescindible, el orden, la *unitas ordinis* en virtud de la cual existe una “particular disposición de las partes para alcanzar una determinada finalidad asociativa, que persigue un fin natural perfectivo.” Dicha realidad, afirmada por el espíritu gregario del

ser humano, presupone un orden dirigido a un fin o, más precisamente, un orden social en búsqueda del bien común (pp. 88-89).

Para que dicho orden funcione y se mantenga, se requiere la existencia del Derecho y del Poder. El primero permite establecer las normas que regirán las relaciones humanas y las condiciones para el ejercicio de su libertad y sus límites éticos; el segundo, permite legitimar la autoridad, la cual ejercerá el monopolio de la creación normativa y de su ejecución, conservando el orden y garantizando la realización del bien común.

En general se sostiene que los elementos constitutivos de cualquier estado son el pueblo, el territorio y el poder.

Para explicar estos tres elementos, debemos citar a García Toma (2014), quien entiende por Pueblo al “conjunto de personas que tienen en común su vinculación político-jurídica con un cuerpo político soberano”. (p. 74). En segundo lugar, por territorio, entiende “el espacio físico o porción geográfica sobre la cual el Estado establece la sede del pueblo y en donde ejerce su soberanía a través de la organización de su gobierno.” (p. 131). Finalmente, respecto al poder político, el citado autor afirma que “es el conjunto de competencias que asume el cuerpo político en aras de orientar y dirigir las actividades de sus integrantes. Expone una capacidad exclusiva en la toma de decisiones”. (p. 93)

De dicha síntesis, interesa de manera particular el último elemento del Estado, el Poder, para efectos de este trabajo de investigación, pues es necesario comprender el rol, atributos, competencias y responsabilidades del Estado para incorporar modificaciones al marco legal existente que permitan optimizar el recupero de las sumas indemnizatorias identificadas en los informes del ente rector de control, sin incurrir en arbitrariedad ni abuso del derecho.

Hauriou (1980), considera al poder como “una energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa del gobierno humano y les permite imponerse gracias al doble ascendiente de la energía y la competencia”. (como se dice en García Toma, 2014, p. 207) La energía consiste en la fuerza, psicológica o material, para asegurar la obediencia; en cambio, la competencia se basa en los fundamentos morales y políticos necesarios para el logro o cumplimiento de los fines que el Estado ha definido

a través de sus correspondientes autoridades, los cuales requieren habilidades, competencias, conocimientos y especializaciones necesarias para conseguir los efectos políticos deseados.

En palabras de García Toma (2014), “el poder es ejercido dentro de los cánones de la legalidad y de la legitimidad para mandar, cuando se verifica dentro de los parámetros del derecho que se considera válido en una sociedad específica y concreta”. (p. 95). En este caso está plenamente justificada la relación mando-obediencia; lo contrario puede llevar a generar una crisis de legitimidad.

Debemos tener presente, según dicho autor, que dicha capacidad de mando tiene su origen en la voluntad del pueblo que, en algún momento, decide constituir al Estado, al cual legitima y organiza. Dicha voluntad, previa a la formación del Estado, es lo que se denomina poder constituyente. La actualización de esta voluntad por la voluntad popular de acuerdo con los principios y procesos fijados por la propia Constitución, es lo que se denominado poder constituyente derivado, el cual permite el ejercicio de la soberanía para implementar reformas constitucionales que plasmen sus necesidades presentes.

Cabe citar al respecto a Salazar (2021), según el cual:

El poder es uno solo, pero en su ejercicio, se manifiesta según los propósitos con los que es ejercido. Por cada propósito hay una manifestación específica del Poder y, a cada manifestación específica del Poder, se la conoce como una Función del Poder. (p. 67)

García Toma (2014), menciona cinco connotaciones de la soberanía o potestad de mando política jurídica dentro del Estado. Es conveniente citarlas por cuanto permitirán, posteriormente, contrastarlas con los derechos fundamentales de los sujetos de la autoridad, esto es, de los ciudadanos y, en particular, con el ejercicio de su libertad dentro del delicado dualismo libertad-autoridad, sobre el cual sustentaremos la propuesta legal de este trabajo de investigación de tal manera que no deje margen a alguna arbitrariedad. Parfraseando las citadas características, estas son:

a) La incontrastabilidad, por la cual no cabe que se le oponga resistencia u obstáculo a los mandatos del poder estatal al extremo que se impida la realización de lo ordenado.

b) La incondicionalidad, esto es, que el contenido de las decisiones del poder estatal no puede serle predeterminado o previamente impuesto por terceros.

c) La juridicidad, en virtud de la cual los mandatos del poder estatal son consecuencia de una decisión coherente y coordinada con una idea de derecho.

d) La irrenunciabilidad, por la cual la titularidad del mando del poder estatal no se puede transferir o enajenar hacia terceros, debido a que es vital para su existencia.

e) La supremacía, esto es, que el poder estatal se encuentra por encima del resto de los poderes existentes en el Estado. (pp. 110-111)

La relación entre libertad (del hombre) y autoridad (del Estado) es expuesta de manera clara por Dromi (2004):

La actividad estatal, exteriorizada de diferentes maneras (ley, acto administrativo, reglamento administrativo, actuación interadministrativa y contrato administrativo, acto político y sentencia), genera directa o indirectamente consecuencias de tipo jurídico. Estas consecuencias instituyen, recíprocamente, derechos (o prerrogativas) y deberes (u obligaciones) para las partes intervinientes, traduciendo una relación jurídica entre la Administración (Estado) y los administrados (individuos), entre la autoridad y la libertad. (p. 158)

En ese sentido, Dromi (2004) agrega: "Ni unas ni otros pueden tener supremacía; ambos deben armonizarse dentro del marco del orden jurídico constitucional". Para concluir esa línea de pensamiento, el citado autor sostiene: "Para que haya libertad debe haber autoridad; para que haya libertad debe existir el bien común. El bien común es la

causa final del Estado; sólo este puede y debe alcanzarlo. Sin Estado hay anarquía, desorden, esclavitud” (p. 131).

En similar posición se encuentra el profesor Hauriou (1980), quien destaca que es el Derecho constitucional el encargado de conciliar técnicamente la autoridad y la libertad en el marco del Estado. Según este autor, esta disciplina jurídica, cuyo objeto es el “encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos”, tiene como fin buscar y asegurar una cierta armonía entre la contradicción fundamental de la condición humana representada por lo individual y lo colectivo. Literalmente, precisa como su finalidad: “organizar, en el marco del Estado-Nación, una coexistencia pacífica del poder y de la libertad” (p. 41).

El presente trabajo de investigación se fundamenta en estas previas ideas que coinciden en la existencia de la denominada teoría del Estado constitucional de Derecho, pues considera que no hay derechos ni poderes absolutos, sean individuales o colectivos, sino que se requiere mantener siempre un balance entre ambos, entre garantías y prerrogativas, reconociendo en todo momento el respeto a la dignidad del ser humano y destacando el bien común como fin de la vida en sociedad.

La Constitución Política de cada Estado es la encargada de mantener dicha armonía entre libertad y autoridad, entre aspiraciones individuales y sociales, así como establecer cuáles serán las mencionadas funciones estatales en su relación con las personas y, además, los respectivos alcances y contenidos de estas últimas funciones, de tal manera que en su ejercicio puedan actuar de manera equilibrada, con los debidos contrapesos.

Para lograr dicho objetivo, desde la revolución francesa hasta hace relativamente poco, primaba la teoría clásica de la división de funciones o poderes: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Sin embargo, en los últimos años se ha visto que el poder es unitario, por esencia, por lo cual más que una división de poderes, se considera en la actualidad que existen ciertas funciones del ejercicio del poder. Unas, son las clásicas antes mencionadas; otras, tienen una finalidad específica y diferenciada que complementa o sirve de contrapeso, a las funciones clásicas antes mencionadas.

Dichas funciones son denominadas por Salazar (2020) como Funciones Especiales del Poder, “ya que tienen contenido propio, instituciones jurídicas propias e instrumentos *sui generis*, congruentes con la naturaleza de la respectiva función especial del Poder”. (p. 69)

Esta nueva posición doctrinaria, denominada, según García Toma, teoría de la distinción de órganos y distribución de funciones, a la cual se adscribe este trabajo de investigación, es propia de una sociedad o Estado liberal y democrático, a diferencia de la teoría de la separación de poderes propia de un Estado absolutista y de la revolución que lo sucedió, época distinta a la realidad actual. Aquella considera que el Estado es uno y su voluntad, también llamada soberanía, no puede dividirse pues es la expresión cabal de su poder, el cual garantiza una sola orientación para lograr el bien común, sin incongruencias ni contradicciones.

De acuerdo a dicho autor, la existencia de una serie de órganos y funciones del Estado no fragmentan dicha unidad, no afectan su naturaleza única e indivisible; simplemente, facilitan el desarrollo de distintas funciones y el ejercicio de diferentes actividades estatales para una optimización de la realización de la voluntad del poder que, en un sistema democrático, resulta ser la expresión de la voluntad popular.

Dentro de los casos concretos en el ordenamiento constitucional peruano podemos mencionar, por ejemplo, la función electoral a cargo del Jurado Nacional de Elecciones, la función de control de constitucionalidad a cargo el Tribunal Constitucional, la función de defensa del pueblo a cargo de la Defensoría del Pueblo, entre otras. Mención aparte está la función de control gubernamental a cargo del Sistema Nacional de Control, conformado por la Contraloría General de la República, los Órganos de Control Institucional y las Sociedad de Auditoría especialmente designadas, a la cual se hará referencia a continuación por ser el objeto de este trabajo de investigación.

Así, por ejemplo, Mestre (1991, p. 2497), comentando sobre la configuración constitucional de la potestad sancionadora de la administración, afirma que “junto a las potestades de ordenar y prohibir que detenta toda entidad administrativa, para que estas sean eficaces, se requiere contar también con una potestad para sancionar aquellos comportamientos que no se ajusten la conducta prescrita” (como se cita en el voto

singular del Magistrado Espinoza-Saldaña, Tribunal Constitucional, 2018. Exp. 00020-2015-PI/TC)

Todas las citadas funciones estatales son formas de manifestación de la voluntad del Estado para desarrollar determinados objetivos. Una o varias funciones se otorgan a un órgano con competencias predefinidas a fin que pueda concretarlas en la realidad.

Cabe anotar la definición de los órganos estatales por García Toma (2014):

Los órganos poseen, por mandato de la ley fundamental, competencias específicas para actuar. Estas son el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar, condicionando la validez del acto estatal de modo tal que el emitido al margen de ella está afectado jurídicamente de nulidad. (p. 221)

Dicho lo anterior, consideramos apropiado exponer las teorías sobre la función fiscalizadora o, más precisamente, de control gubernamental.

## 2.2 LA FUNCIÓN DE CONTROL GUBERNAMENTAL

Espinoza-Saldaña afirma que “cuando hablamos de una potestad estamos haciendo referencia a aquellos poderes de los que goza la Administración para imponer consecuencias jurídicas de su actuación a los administrados, en aras de la satisfacción de los intereses públicos”. Una de estas es la potestad o función contralora. (Tribunal Constitucional, 2018. Exp. 00020-2015-PI/TC. Voto singular del magistrado Espinoza-Saldaña)

Respecto a la función de control gubernamental, Dromi (2004) afirma lo siguiente:

El Estado tiene atributos que le son propios y constituyen los medios para alcanzar el bien común. Son reconocidos expresamente por el ordenamiento jurídico y el Estado solo puede ejercerlos en la medida en que están permitidos; por tal razón, están subordinados al Derecho, dificultando de este modo [un] comportamiento abusivo o arbitrario por parte del Estado. (p. 157)

Esa es la cabal expresión de la relación Poder y Derecho que sirve para controlar los excesos en el ejercicio del poder y, por qué no, también de las libertades.

Lo anteriormente señalado no puede interpretarse, necesariamente, de manera literal o gramatical. En efecto, García Toma (2014) nos recuerda que también existen competencias o poderes implícitos, esto es, “aquellas atribuciones necesarias para que un poder estadual u organismo constitucional autónomo pueda desempeñar adecuadamente aquellas que le han sido conferidas expresamente por la propia Constitución. Estas son establecidas por una ley o reconocidas en una sentencia constitucional.” (p. 235)

Marcial Rubio Correa, menciona al respecto que:

los poderes implícitos no son una interpretación extensiva de lo que el Estado puede o no hacer, sino de los medios que puede utilizar para hacer lo que se le ha encomendado [...] con sus competencias, el estado no puede cumplir los fines que le han sido dados, pero sí puede utilizar medios discrecionalmente, para lograr fines expresos (como se cita en García Toma, 2014, p. 235)

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha reconocido los poderes implícitos bajo el principio del *efecto útil*, esto es, que exista congruencia entre el fin mencionado en la norma constitucional con el medio adoptado; que no esté prohibido constitucionalmente; y, que sea compatible con la Constitución, respetando las competencias de otros órganos (Tribunal Constitucional, 2003. *Exp. N° 00013-2002-AI/TC. Magistrados: Alva Orlandini, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma*).

Estas cuestiones previas son relevantes para el presente trabajo de investigación por cuanto permitirán explicar teóricamente la propuesta legal para incorporar a los terceros que, sin ser funcionarios o servidores públicos, ocasionaron los daños y perjuicios al Estado identificado en los informes de control, individualmente o coadyuvando con aquellos.

En cuanto a las principales manifestaciones del poder político, tenemos las funciones de gobierno y las funciones de control, siendo esta última la que define su rol fiscalizador. “El Estado fiscalizador implica un sistema de control que abarca los controles políticos, legislativo, jurisdiccional y administrativo que hacen a la regular y eficiente

marcha de la administración; y al social, como modalidad participativa de la comunidad.” Sentencia este autor: “No debe haber poder sin control”. (Dromi, 2004, p. 168)

En ese sentido, los actos de poder de las autoridades que traducen la actuación del poder orientada a realizar el bien común, en un Estado constitucional, requieren un permanente control que garantice la coherencia entre unos y otros o, por lo menos, mitiguen los riesgos de desviaciones. En palabras de Dromi (2004):

el control tiene por misión fiscalizar el ajuste que debe operarse entre los fines señalados por el legislador y las conductas manifestadas por el administrador... Es una tarea de confrontación de la legitimidad de los medios con fines alcanzados; no innova, no crea, no engendra gobierno, sino que controla al propio gobierno (autocontrol). (p. 171)

Respecto a la función contralora, en general, García Toma (2014) sostiene que:

consiste en el aseguramiento de la limitación del poder en favor de los valores y principios condicionantes de la acción estatal. Por ende, deviene en la ejecución de acciones de comprobación, comparación, supervisión, evaluación y hasta de anulación de actos administrativos o legislativos contrarios a la Constitución o las leyes. Implica adicionalmente, la ejecución de medidas en pro de la eficacia, eficiencia, legalidad y moralidad del quehacer estatal. (p. 229)

Las mencionadas atribuciones ayudarán a sustentar, oportunamente, la actuación de la Contraloría General en la propuesta normativa que recomendará este trabajo de investigación aplicada.

En el Perú, la citada potestad de control y fiscalización del uso de los recursos públicos es desarrollada por el derecho público y se ejercita, en concordancia con lo dispuesto por el antes mencionado artículo 82° de la Constitución Política del Perú, a través de la función de control gubernamental, más conocida como Control Gubernamental. Esta consiste en 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 (Congreso de la República del Perú, 2002, Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Control y de la Contraloría General de la República de 2002). El primer artículo de dicha ley establece las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Control y, en particular, de la Contraloría General de la República, a la que define como ente rector de dicho sistema.

De igual manera, la citada norma precisa que el control gubernamental supervisa, vigila y verifica el cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, así como la gestión, captación y el uso de los recursos y bienes del Estado.

La mencionada ley también agrega que el control gubernamental debe propender al “desarrollo honesto y probo de las funciones y los actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad de orientar al mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación.” (Congreso de la República del Perú, 2002, Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República de 2002, artículo 2°).

De acuerdo a García-Cobián (2014),

la delimitación competencial de la Contraloría General de la República y su condición de organismo constitucional autónomo configuran una manifestación importante del Estado Constitucional y de su principio de división de poderes, distinguiéndose dicho organismo por controlar la ejecución del presupuesto público del Estado y contribuir a la protección de bienes constitucionales como la legalidad de la ejecución presupuestal y adecuada gestión de recursos públicos, la “eficiencia de las necesidades sociales”, el buen funcionamiento de la administración estatal y la prevención de la corrupción, entre otros. (p. 7)

Sobre la base de la ley orgánica de control gubernamental y otras normas relacionadas con la materia, se puede destacar que uno de los principales objetivos del control gubernamental, como lo señala la Contraloría General de la República (2021), es:

resolver el problema del inadecuado uso de los recursos y fondos públicos. Para conseguirlo, aplica auditorías y otros servicios de control a las entidades del Estado. Precisamente, estos servicios son la principal arma del control de la corrupción y la inconducta funcional, las cuales son, a su vez, las mayores causantes de la 'fuga' o pérdida de los recursos públicos. (p. 25)

García-Cobián (2014) precisa que la CGR tiene dos grandes funciones: una, la función de controlar la legalidad de la gestión financiera y presupuestal del Estado; y, dos, la función de identificación de responsabilidades, administrativas, civiles o penales. "Esta función contribuye a prevenir los actos irregulares y reducir los riesgos de corrupción, así como a fortalecer la cadena de valor anticorrupción, en la que participan otras instituciones públicas, tales como el Ministerio Público y el Poder Judicial." (p. 27)

El ejercicio del mencionado control gubernamental se realiza de distintas maneras, sea mediante la aplicación de control de legalidad, de gestión, financiero, de resultados u otros que sean útiles en función a las características de la entidad auditada y la materia de control ((Congreso de la República del Perú, 2002, Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República de 2002, artículo 8°). Sin embargo, interesan especialmente para efectos de este trabajo, el Control Externo y, en particular, los Servicios de Control Posterior, siendo uno de los principales la Auditoría de Cumplimiento y, en menor medida, el Servicio de Control Específico por Hechos con Presunta Responsabilidad, cuyas eficacias se pretenden mejorar con las recomendaciones producto de este trabajo de investigación.

#### **a. Auditoría de cumplimiento**

Una de las principales herramientas para la lucha contra la corrupción es la auditoría de cumplimiento. Según Shack (2020):

La lucha contra la corrupción involucra a todo el Estado y debe abordarse de manera dinámica ya que los mecanismos de corrupción evolucionan y se sofistican constantemente. La Contraloría General de la República (CGR), como máxima autoridad del Sistema Nacional de Control, tiene el importante rol de vigilar el correcto uso de los recursos y bienes del Estado. Es por ello que la CGR

viene implementando normas y disposiciones para el fortalecimiento institucional con la finalidad de modernizar, mejorar y asegurar el ejercicio oportuno, eficaz y eficiente del control gubernamental, optimizando sus capacidades orientadas a la prevención y lucha contra la corrupción e inconducta funcional. Se espera así contribuir a la mejora de la gestión pública para que la ciudadanía acceda a obras, bienes y servicios eficientes y de calidad. (Shack et al., 2020, p. 5)

Uno de los productos fundamentales del control gubernamental posterior son las auditorías, siendo una de las principales la auditoría de cumplimiento, acorde a lo establecido por las normas internacionales que rigen las operaciones de las Entidades de Fiscalización Superior (SAIs, por sus siglas en inglés).

La citada 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 (Contraloría General de la República, 2014. *Resolución de contraloría N° 473-2014-CG de fecha 22 de octubre de 2014 que aprueba la Directiva N° 007-2014-CG/GCSI*)

Dicha directiva ha sido modificada de manera dinámica por diversas normas de control para mantener su eficacia, siendo la última versión la expedida por el ente rector de control. (Contraloría General de la República, 2022. *Resolución de Contraloría N° 001-2022-CG de fecha 07 de enero de 2022 que aprueba la Directiva N° 001-2022-CG/NORM, denominada Auditoría de Cumplimiento y Manual de Auditoría de Cumplimiento*). Cabe mencionar que los resultados de esta auditoría se expresan mediante informes de control.

Los referidos informes de control tienen como finalidad fortalecer la gestión, transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno de las entidades y de los recursos públicos, mediante las recomendaciones incluidas en su parte final, que permiten optimizar los sistemas administrativos, de gestión y de control interno de las entidades auditadas. Estos son los fines tradicionales de las auditorías, incluso en el sector privado; sin embargo, cabe destacar que en dichas auditorías de cumplimiento también se puede

identificar responsabilidad administrativa, penal o civil de los funcionarios y servidores públicos, según lo establece la citada ley orgánica de control.

La mencionada atribución fiscalizadora para el deslinde de responsabilidades, distingue a la EFS Perú respecto a las EFS de muchos países del mundo y marca una gran diferencia con la mayoría de sus pares, lo cual genera una gran responsabilidad para el control externo que realiza la CGR.

En el citado supuesto de identificación de responsabilidades de naturaleza civil, lo cual interesa profundamente para efectos de este trabajo, una de las facultades de la CGR es disponer el inicio de las acciones legales pertinentes, en forma inmediata, por el procurador público de la Contraloría General, a fin de solicitar el resarcimiento de los daños ocasionados al Estado; o, también, participar directamente en los procesos judiciales para la adecuada defensa de los intereses del Estado, cuando tales procesos incidan sobre recursos y bienes de éste.

Las auditorías de cumplimiento comienzan con el planeamiento, el cual, según el respectivo documento de control:

se realiza considerando el Planeamiento Institucional, el cual permite establecer la materia de control, los objetivos, alcance, criterios y recursos para el desarrollo de la auditoría de Cumplimiento, los procedimientos mínimos o esenciales con base al entendimiento de la entidad o dependencia, evaluación de los riesgos y de los controles internos, la materialidad y la estrategia de auditoría. (Contraloría General de la República, año 2022. *Resolución de Contraloría N° 001-2022-CG de fecha 07 de enero de 2022 que aprueba la Directiva N° 001-2022-CG/NORM, denominada Auditoría de Cumplimiento y Manual de Auditoría de Cumplimiento*)

La auditoría de cumplimiento tiene tres etapas básicas: (1) Planificación, Ejecución y Elaboración de Informe, realizándose luego lo que se denomina el Cierre de la Auditoría en la cual se evalúa el proceso de auditoría y se registra el informe, archivándose toda la documentación que sirvió de base para el respectivo informe. Durante el desarrollo de estas etapas, la comisión auditora está obligada a realizar un control de calidad, al igual que las otras instancias u órganos que intervengan en la

referida auditoría. (Contraloría General de la República, año 2022. *Resolución de Contraloría N° 001-2022-CG de fecha 07 de enero de 2022 que aprueba la Directiva N° 001-2022-CG/NORM, denominada Auditoría de Cumplimiento y Manual de Auditoría de Cumplimiento*)

Al respecto, interesa en este trabajo relevar la etapa de ejecución de la auditoría de cumplimiento que comprende el desarrollo de los procedimientos de auditoría establecidos en el Plan de Auditoría, así como las desviaciones de cumplimiento, la evaluación de los comentarios o aclaraciones y el registro del cierre de ejecución del trabajo de campo. Es en esta etapa donde la comisión auditora obtiene las evidencias de auditoría, aplicando las técnicas sobre la materia, según las circunstancias. Luego, aquella valora las evidencias aplicando el juicio profesional y llega a una o varias conclusiones.

La Comisión Auditora debe luego identificar, elaborar y comunicar las desviaciones de cumplimiento y evaluar los comentarios o aclaraciones presentados por los funcionarios y/o servidores o titulares de la entidad involucrados en los hechos. Una vez concluida esta etapa, se elabora el Informe de Auditoría por escrito, empleando un lenguaje sencillo y entendible y cumpliendo una serie de requisitos señalados por las Normas Generales de Control Gubernamental.

En el informe, la Comisión Auditora debe relatar en forma ordenada y objetiva los hechos debidamente evidenciados con indicación de los elementos de la observación: condición, criterio, efecto y causas; incluyendo, de ser el caso, el señalamiento de presunta responsabilidad administrativa funcional, penal y/o civil, e identificando a las personas comprendidas en los hechos, considerando las pautas del deber incumplido, la reserva, la presunción de licitud y la relación causal. En el caso de presunta responsabilidad civil, se requiere establecer que el daño económico ha sido ocasionado por el incumplimiento de las funciones del servidor o funcionario, por su acción u omisión, así como verificar que no haya cumplido el plazo de prescripción.

De una manera tangencial, el nuevo Manual de Auditoría de Cumplimiento (MAC) señala en el acápite V referido a la identificación de personas comprendidas en las observaciones, que “en caso de haberse advertido la participación de terceros que no tienen la condición de funcionarios o servidores públicos se describe de manera breve su participación en los hechos.” (Contraloría General de la República, año 2022. *Resolución de Contraloría N° 001-2022-CG de fecha 07 de enero de 2022 que aprueba la Directiva N° 001-2022-CG/NORM, denominada Auditoría de Cumplimiento y Manual de Auditoría de Cumplimiento*). No obstante, la Auditoría de Cumplimiento y el MAC no desarrollan de manera suficiente ni adecuada los efectos de esta participación, al menos en lo que se refiere a la responsabilidad civil de los terceros.

En efecto, la norma no prevé la descripción de las eventuales desviaciones de cumplimiento contractual de los terceros ni las modalidades de su posterior comunicación para sus comentarios y la respectiva evaluación a cargo de la comisión auditora. Menos aún se ha previsto la aplicación de los elementos de la responsabilidad civil que sustenten la correspondiente observación respecto a aquella (condición, criterio, efecto y causa). La evidencia más clara es que no existe referencia alguna sobre el particular en los respectivos anexos del Manual de Auditoría de Cumplimiento denominados Relación de Personas Comprendidas en las Observaciones y Argumentos Jurídicos por Presunta Responsabilidad Civil (Anexos 22 y 23.-B del MAC), ambos reservados a funcionarios y servidores públicos.

Como se puede apreciar, en los informes de control y en las normas de control gubernamental, no se incluye de manera adecuada a los proveedores o contratistas del Estado que pudieran haber ocasionado daños y perjuicios al Estado. Una cita tangencial y desarticulada de terceros partícipes en un Manual no ofrece solucionar el problema planteado en este trabajo de investigación aplicada, ni brinda seguridad a los auditores para incorporarlos adecuadamente en sus informes de control.

#### **b. Servicio de Control Específico a Hechos con Presunta Irregularidad**

Según Shack et al. (2020), la sanción es parte fundamental de la cadena de valor anticorrupción que cuenta con las etapas de prevención, detección, investigación y sanción. “Sin sanción efectiva, los esfuerzos invertidos en denunciar e investigar los

casos de corrupción no tendrán un impacto real en la generación de valor público para la ciudadanía.” (p. 11)

En esa línea, el citado autor agrega la necesidad de contar con:

un servicio de control posterior, que permita lograr de manera más costo-efectiva el deslinde de responsabilidades. En tal sentido, se crea el Servicio de Control Específico como un procedimiento abreviado que permite actuar de manera oportuna y acotada sobre hechos flagrantes en la gestión y ejecución de recursos, bienes y operaciones institucionales. Para ello se relajaron una serie de supuestos (como el de licitud o la integralidad) propios de una auditoria que constituye un proceso de investigación más profundo, pero preservando su esencia con respecto al cumplimiento (y la aplicación del control de legalidad) (Shack et al., 2020, p. 11).

Debemos destacar que el referido Control Específico se creó inicialmente para realizar investigaciones a casos de hasta 30 millones de soles y en un plazo de 60 días calendario.

El objeto general de los servicios de control posterior es evaluar los actos y resultados ejecutados por las entidades en la gestión de los bienes, recursos y operaciones de la entidad que aparezcan presuntas irregularidades. El Control Específico es una modalidad de los mencionados servicios de control posterior que forma parte del control gubernamental que consiste en 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, penales o administrativas funcionales que correspondan.

En la actualidad, dicho servicio está regulado por Contraloría General de la República mediante Resolución de Contraloría N° 134-2021-CG de fecha 11 de junio de 2021 que aprueba la Directiva N° 007-2021-CG/NORM, 2021, modificada mediante Resolución de Contraloría N° 043-2022 de 22 de febrero de 2022.

El citado servicio tiene tres etapas preestablecidas: Planificación, Ejecución y Elaboración del Informe. Como todo servicio en el cual se pueden identificar

responsabilidades, respeta el debido proceso y el derecho de defensa de los presuntos involucrados, por lo cual le otorga a los funcionarios y servidores públicos la posibilidad de realizar sus comentarios o aclaraciones respecto a un Pliego de Hechos que oportunamente la Comisión de Control ha puesto a conocimiento de cada uno de manera individual.

El referido Informe de Control Específico requiere ser conciso, exacto, lógico, objetivo, oportuno, ordenado y sistemático. Cuando identifica presunta responsabilidad civil, debe señalar los funcionarios y servidores públicos presuntamente responsables, indicando de manera adecuada con evidencias suficientes y apropiadas, el hecho o hechos específicos presuntamente irregulares objeto del Servicio de Control, señalando la condición, criterio, causa y efectos.

Como señala la referida norma, para la presunta responsabilidad civil se requiere establecer que el daño económico ha sido ocasionado por el incumplimiento de funciones, por acción u omisión del funcionario o servidor público. El Informe de Control termina con las denominadas Conclusiones, que expresan los juicios de carácter profesional a los que arriba como resultado de las irregularidades determinadas, así como con las Recomendaciones, que sugieren medidas concretas y posibles orientadas a disponer que los órganos competentes inicien las acciones legales respectivas como consecuencia de las presuntas responsabilidades identificadas. En el caso de las responsabilidades civiles, consisten en recomendar al procurador público de la CGR o al procurador público de la entidad, el inicio de la acción legal respectiva que, por regla general, es una demanda indemnizatoria. (Contraloría General de la República, 2021. Resolución de Contraloría N° 134-2021-CG de fecha 11 de junio de 2021 que aprueba la Directiva N° 007-2021-CG/NORM, 2021, denominada Servicio de Control Específico a Hechos con Presunta Irregularidad, modificada mediante Resolución de Contraloría N° 043-2022 de 22 de febrero de 2022)

Como se puede apreciar, respecto a irregularidades de naturaleza civil, este servicio de control se orienta a establecer el nexo causal entre la conducta del funcionario o servidor público y los daños ocasionados a la Entidad, cuando se identifica responsabilidad. La norma respectiva no hace referencia alguna a los proveedores o

contratistas del estado que pudieran haber perjudicado al Estado o coadyuvado con las citadas personas en el evento dañoso. Sin embargo, al igual que en el caso de la Auditoría de Cumplimiento, ello tampoco está previsto de manera expresa en ninguna de las normas de control gubernamental, menos aún, en las directivas y lineamientos sobre la materia.

### 2.3 MARCO CONSTITUCIONAL DE LA CGR

Como se ha adelantado, la función de control gubernamental es ejercida por el Sistema Nacional de Control, el cual está conformado por varios organismos, dentro de los cuales destaca la CGR, ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de facultades para 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. (Congreso Constituyente Democrático, 1993. Constitución Política del Perú de 1993, artículo 82)

En su calidad de organismo constitucionalmente autónomo, la Contraloría General de la República tiene como misión dirigir y supervisar el control gubernamental con eficiencia y eficacia, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, así como promover la integridad y responsabilidad en los funcionarios y servidores públicos, básica para el desarrollo del país.

Al respecto, el citado artículo de la Constitución Política del Perú otorga a la CGR una potestad de la cual no gozan otros poderes ni órganos constitucionalmente autónomos: la potestad de control y fiscalización, incluyendo la posibilidad de identificar a aquellas personas que afecten el uso y destino de los recursos y bienes del Estado.

El citado fundamento de derecho público es relevante para efectos de este trabajo de investigación y debe ser destacado porque permitirá, en su oportunidad, sustentar el derecho o, mejor dicho, la potestad de la CGR dentro del Estado constitucional, para identificar a todas las personas que sean civilmente responsables de los daños que ocasionen al Estado en el incumplimiento de sus obligaciones, más allá de la normativa privatista en materia de inexecución de obligaciones, sea de carácter civil o laboral.

La actuación de la CGR está sometida también a un marco normativo internacional. Por un lado, como Entidad Fiscalizadora Superior, la CGR está voluntariamente sometida a las normas, guías, protocolos y lineamientos desarrollados por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, por sus siglas en inglés); por el otro, está sujeta a los tratados internacionales debidamente ratificados por el Perú, en particular, por la Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996, y por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003.

Respecto al primer punto, debemos señalar que la CGR y la gran mayoría de los diferentes órganos rectores de control en el mundo son miembros de la INTOSAI, que se encarga de emitir normas estandarizadas de auditoría internacional para guiar las actividades de todos sus miembros, sin excepción, así como para promover las buenas prácticas de auditoría.

Al respecto, cabe destacar que dichas normas y guías aplican a todas las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), aun cuando los países miembros estén adscritos a diferentes sistemas de control existentes a nivel global, tales como el sistema parlamentario o Westminster, el sistema jurisdiccional o se adscriban a un sistema híbrido. El Perú es miembro de esta organización internacional y, por ende, se somete a sus normas y guías que orientan a todos los procesos de auditoría.

Para comprender la importancia de esta organización internacional en materia de control, debemos indicar que la INTOSAI es una organización no gubernamental con un estatus especial otorgado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) que orienta globalmente la fiscalización pública exterior.

La Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), es una organización autónoma, independiente, profesional y apolítica, creada como una institución permanente para promover el apoyo mutuo a las EFS; fortalecer el intercambio de ideas, conocimientos y experiencias; actuar como portavoz, reconocido globalmente de las EFS dentro de la comunidad internacional; elaborar normas para la auditoría del sector público; fomentar la buena gobernanza; y apoyar el desarrollo de capacidades, la cooperación y una

continua mejora del rendimiento de las EFS. (XXII Congreso de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. Estatutos de la INTOSAI. Setiembre de 2019, Artículo 1)

El objetivo principal de la INTOSAI es promover la buena gobernanza en todos los países donde actúan las contralorías o entidades fiscalizadoras superiores, a fin que estas apoyen a sus respectivos gobiernos en:

mejorar el rendimiento, aumentar la transparencia, asegurar la rendición de cuentas, mantener la credibilidad, luchar contra la corrupción, promover la confianza pública y fomentar la eficiente y efectiva recepción y utilización de recursos públicos a favor y beneficio de sus ciudadanos. (XXII Congreso de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. Estatutos de la INTOSAI. Setiembre de 2019, Artículo 2)

Las normas de la INTOSAI son orientadoras de la actuación en el Perú de la CGR y, por su propia definición, constituyen estándares mínimos que deben ser cumplidos y, además, deben ser tenidos en cuenta para cualquier modificación que se proponga hacer del marco legal nacional. Vale señalar, eso sí, que estas normas internacionales dejan en libertad a las EFS de los países miembros a regular su actuación en todo aquello que no esté expresamente señalado en las respectivas ISSAI y en las guías respectivas. Recordar esto será de mucha utilidad para la propuesta normativa que se pretende formular en la parte final de este trabajo de investigación.

A nivel interno, el marco legal de la CGR se sujeta, principalmente, a lo establecido por la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y sus modificatorias. Dentro de estas últimas destaca la Ley N° 29622, *Ley que modifica la Ley Núm. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, año 2010*, así como las Normas Generales de Control Gubernamental. (Contraloría General de la República, 2021. Resolución de Contraloría N° 295-2021-CG, 2021 de fecha 23 de diciembre de 2021 que aprueba las Normas Generales de Control Gubernamental)

Los elementos constitutivos de las infracciones administrativas establecidas por la Ley N° 27785 han sido modificados posteriormente mediante Ley N° 31288 (Congreso de la República, 2021. Ley N° 31288, ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República)

Como se puede apreciar, no obstante ser un organismo constitucionalmente autónomo, el rol de la Contraloría General de la República está sujeto a la Constitución Política del Perú, a los tratados internacionales debidamente ratificados por nuestro país, a las leyes de la República del Perú y, adicionalmente, a las normas, guías y estándares de la INTOSAI, debidamente reconocida por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, entre otras normas de menor jerarquía. Este conjunto de normas externas e internas no afectan la autonomía del ente rector en control, sino, todo lo contrario. Lo empoderan y fortalecen para el ejercicio de las actividades de control gubernamental dentro del alcance de las atribuciones y potestades de derecho público que le han sido otorgadas dentro de un Estado constitucional, sujeto a principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Cabe citar al respecto las facultades que reconoce la INTOSAI a las entidades fiscalizadoras superiores, contenidas en la denominada Declaración de Lima: a) facultades de investigación, b) facultad de Ejecución de las verificaciones de control, y c) facultad de actividad pericial. (INTOSAI, 1997. Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de Fiscalización. Apartado IV Facultades de las Entidades Fiscalizadoras Superiores).

#### 2.4 ROL DE LA CGR Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

De acuerdo a la Contraloría General de la República (2021), su rol en la cadena de valor anticorrupción es esencial para prevenir y combatir los costos de ineficiencia e inequidad que generan la corrupción e inconducta funcional en el país. Es importante destacar que la promoción de la integridad y la lucha anticorrupción han sido plasmadas en el Perú como parte relevante del Acuerdo Nacional del año 2002 y constituye un eje

transversal de varias políticas públicas y, de igual manera, es un objetivo estratégico de todas las entidades del sector público.

A nivel internacional, el interés del Perú en fortalecer la cadena anticorrupción, en la cual la CGR es un eslabón muy importante, se comprueba por la ratificación de los más importantes convenios internacionales sobre la materia.

En esa línea, y conforme a una comprensión convencionalizada de la Constitución peruana de 1993, debe tenerse en cuenta lo regulado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en la Convención Interamericana contra la Corrupción, tratados ratificados por el Perú, los cuales también hacen referencia expresa a la lucha contra el lavado de activos. Entre lo allí regulado, destaca la previsión expresa enfática del mandato dirigido a los Estados para "tomar todas las medidas necesarias" en la lucha contra la corrupción. Este, entre otras posibilidades, alude especialmente al deber estatal de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para lograr los propósitos de la Convención, e incluso a la posibilidad de adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la Convención, siempre con la finalidad de prevenir y combatir la corrupción (artículo 65 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción). (Tribunal Constitucional, 2018. Exp. 00020-2015-PI/TC. Voto singular del magistrado Espinoza-Saldaña)

Merece también especial reconocimiento la participación de nuestro país como uno de los primeros en colaborar con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) a través del denominado Programa País, el cual se desarrolló en varias áreas claves tales como crecimiento económico; gobernanza pública; transparencia; capital humano y productividad; medio ambiente; y, de manera destacada, todo lo relacionado con la lucha contra la corrupción.

En la línea trazada, "El programa también incluye la adhesión del Perú a instrumentos jurídicos seleccionados por la OCDE en áreas como la lucha contra la corrupción, el intercambio de información con fines fiscales, la inversión y la gestión pública." (OCDE, 2016, p. 37).

Como parte del sistema anticorrupción, la CGR supervisa, vigila y verifica la correcta gestión y uso de los recursos y bienes públicos, así como la correcta actuación de los funcionarios públicos, para lo cual realiza acciones de control que culminan en una serie de productos que colaboran con tal objetivo nacional, varias de los cuales incluyen informes de control que concluyen identificando responsabilidades civiles, penales y/o administrativas.

Según la ley orgánica de control:

cuando en el informe respectivo se identifiquen responsabilidades, sean éstas de naturaleza administrativa funcional, civil o penal, las autoridades institucionales y aquellas competentes de acuerdo a Ley, adoptarán inmediatamente las acciones para el deslinde de la responsabilidad administrativa funcional y aplicación de la respectiva sanción, e iniciarán, ante el fuero respectivo, aquellas de orden legal que consecuentemente correspondan a la responsabilidad señalada. (Congreso de la República, 2002, Ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, artículo 11°)

Es preciso mencionar que, en aquellos informes de control emitidos por la Contraloría General de la República que identifiquen responsabilidades civiles o penales, éstos son remitidos a la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República, para el inicio de las respectivas acciones legales, aunque existe la posibilidad excepcional de remitirlos a los procuradores públicos de las entidades auditadas, por intermedio de su Titular o a la Procuraduría General del estado en el caso de delitos de corrupción. En el caso de los Órganos de Control Institucional (OCI) de las entidades del Estado, por regla general, los informes se remiten al correspondiente titular para que adopte las acciones pertinentes, tales como la remisión de los informes a la Procuraduría Pública del pliego o del gobierno regional o del gobierno local, según fuere el caso.

En cuanto a las responsabilidades administrativo funcionales identificadas en los informes de control, con motivo de la dación de la Ley N° 29622 la Contraloría General de la República ejerce la potestad para sancionar por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema. (Congreso de la República, 2010, Ley

N° 29622, Ley que modifica la Ley 27785. Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional)

Respecto a la referida determinación de la responsabilidad administrativa funcional por el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Carta Magna, ha afirmado la potestad sancionadora de la CGR mediante la sentencia de fecha 25 de abril de 2018, publicada el 26 de abril de 2019 en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 29622 seguido por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el Congreso de la República. (Tribunal Constitucional, 2018, Sentencia. Exp. 0020-2015-AI/TC. Magistrados: Miranda, Ramos, Sardón, Espinoza-Saldaña, Ferrero).

Cabe mencionar que dicha sentencia del TC declaró la inconstitucionalidad de los artículos que habían afectado el principio de legalidad y de tipicidad, específicamente en la descripción de las infracciones administrativas, lo cual recién ha sido corregido por el poder legislativo mediante la dación de la Ley N° 31288. (Congreso de la República, 2021, Ley N° 31288, Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República)

Uno de los principales motivos para que la Contraloría General de la República asuma el ejercicio de la potestad administrativa funcional fue el alto grado de impunidad de las infracciones graves y muy graves cometidas por los funcionarios y servidores públicos, las cuales en muchas ocasiones eran sancionadas como faltas leves o, en algunos casos, ni siquiera merecían sanción por las entidades donde laboraban. Prevalcía un mal entendido “espíritu de cuerpo”. Estas situaciones de impunidad, de manera indiscutible, perjudicaban notablemente la confianza de los ciudadanos en sus instituciones y en un Estado democrático y constitucional; situación inaceptable que impulsó al Poder Legislativo a adoptar medidas para mitigar los riesgos respectivos que podrían, incluso, afectar la gobernabilidad del país.

La problemática generada por el alto porcentaje de recomendaciones que se encuentran pendientes de implementación o que no han dado lugar a la

imposición de una sanción obedece a distintos factores, entre los cuales se encuentran: ... iii) el hecho que sea la propia entidad la encargada de sancionar, permite por dolo o negligencia, que los casos prescriban, que se aminoren las sanciones o que simplemente las personas sean absueltas de responsabilidad. (Contraloría General de la República, 2010, Exposición de Motivos. Proyecto de Ley 4210/2010-CG que otorga a la Contraloría General de la República potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional y modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República)

Algo similar sucede con la responsabilidad civil, cuya primera línea de defensa debiera ser la propia entidad y, en su defecto, como segunda línea de defensa, la CGR, a través de sus acciones e informes de control materia de este trabajo de investigación aplicada.

En efecto, ocurre con cierta frecuencia que los funcionarios y servidores de las entidades públicas, por múltiples y diferentes razones, no advierten oportunamente la existencia de los perjuicios irrogados al Estado, sobre todo en materia de contrataciones públicas; mucho menos, identifican a los presuntos responsables civiles del evento dañoso; o, habiendo identificado la existencia de daños y a los responsables que incumplieron sus obligaciones funcionariales, determinan que estos han actuado con culpa leve y no culpa inexcusable, pese a la relevancia de los medios probatorios actuados y los efectos reprochables de la conducta.

La mencionada situación de impunidad es mitigada, afortunadamente, mediante la existencia de un segundo candado o filtro anticorrupción: la intervención potestativa de la CGR en el ejercicio de su función de cautelar los bienes y recursos públicos.

En este punto, se debe considerar que esta segunda línea de defensa a cargo de la CGR, requiere el cumplimiento de una serie de requisitos, tales como demostrar la existencia de daños, determinar la cuantía de los perjuicios ocasionados a las entidades y, además, identificar a los presuntos responsables en el respectivo deslinde de responsabilidades civiles, a fin de llevar el caso a los tribunales.

En última instancia, es imperativo que, una vez obtenida sentencia favorable al Estado, las sumas sentenciadas por el Órgano Jurisdiccional sean pagadas. Solo así se puede eliminar la impunidad, reestablecer la paz social afectada y resarcir el perjuicio irrogado al Estado, permitiendo, finalmente, brindarle a la ciudadanía más y mejores servicios públicos, así como promoviendo en la población la confianza en sus instituciones, lo cual contribuye a fortalecer el estado constitucional de derecho.

El trabajo eficiente de las mencionadas líneas de defensa es muy importante, más aún, atendiendo a la temeraria posición adoptada por gran parte de las empresas y contratistas que se relacionan con el Estado. Al respecto, tenemos que:

Daly y Navas (2015) analizan las percepciones sobre corrupción entre 406 ejecutivos de la empresa privada, a quienes aplicaron entrevistas y un cuestionario. La gran mayoría de su muestra percibe que la corrupción en el país va en aumento, lo cual atribuyen fundamentalmente a la presencia de raíces culturales. Un 75% admite haber realizado pagos irregulares, pero tienden a localizar la corrupción exclusivamente en el sector público y negar su propia responsabilidad. (Huber, 2016, p. 3)

La importancia dada por la CGR a la lucha contra la corrupción está contenida en el Plan Estratégico Institucional Modificado para el periodo 2019-2024, aprobado mediante la Resolución de Contraloría N° 452-2018-CG del 14 de setiembre de 2018, política institucional que se enfoca en mecanismos de prevención y de sanción de dicho flagelo en un proceso de mejora constante.

El mencionado Plan se concreta en objetivos estratégicos y acciones estratégicas definidas y priorizadas en el Plan Operativo Institucional Multianual 2022-2024 de la CGR, aprobado mediante Resolución de Contraloría N° 138-2021 de fecha 22 de junio de 2021. Dentro de los objetivos estratégicos institucionales se encuentra el OEI.01: Contribuir a la reducción de la conducta funcional y la corrupción en las entidades públicas, lo cual tiene una prioridad 2 sobre 5. Las respectivas Acciones Estratégicas Institucionales incluyen la sanción efectiva y oportuna a servidores públicos (AEI.01.01) y la identificación adecuada de indicios de corrupción en las entidades y servidores públicos (AEI.01.02).

Realizadas estas precisiones, este trabajo de investigación se enfocará, especialmente, en la responsabilidad civil por daños y perjuicios al Estado, identificada en los informes de control, como parte del rol y del esfuerzo de la Contraloría General de la República en la lucha contra la corrupción y en la promoción de la integridad y el uso transparente de los recursos públicos con eficiencia, eficacia y economía.

## 2.5 LAS OBLIGACIONES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS OCASIONADOS AL ESTADO

A fin de precisar la noción de reparación civil es conveniente previamente entender el concepto de obligación en materia civil, claramente definida por Eduardo Busso:

la obligación puede definirse como el vínculo que une al acreedor y al deudor de manera recíproca, y también sirve para designar la deuda a cargo del sujeto pasivo de la relación (...). Obligación y contrato, según Busso, son conceptos vinculados, pero totalmente diferentes. El contrato es una de las fuentes de las obligaciones y jamás puede ser confundido con la obligación misma (como se cita en Osterling & Castillo, 2010, p. 662)

En la doctrina, podemos encontrar muchas definiciones de obligación, sin embargo, cabe destacar que casi todas coinciden en considerarla como un vínculo o relación jurídica entre un acreedor y un deudor para el cumplimiento de una prestación por este último. (Osterling & Castillo, 2010, p. 664)

En relación con la naturaleza jurídica de la obligación, aquella está determinada por:

la necesaria existencia de un crédito y una deuda. Es fundamental que en toda obligación haya un sujeto activo y un sujeto pasivo, lo que permite poner de relieve el predominio humano sobre los elementos materiales. Esta reciprocidad, deuda y crédito, corresponde a la misma prestación. Entre los dos requisitos, encontramos una verdadera equivalencia jurídica. Y ambos conceptos se encuentran vinculados entre ellos, mediante una relación jurídica exigible y con

consecuencias patrimoniales, al menos para el deudor. (Osterling y Castillo, 2010, p. 677)

En cuanto a la causa de la obligación, el maestro Osterling considera que se debe distinguir tres tipos de causa: la causa eficiente o fuente de la obligación, que la doctrina mayoritaria estima son la ley y el contrato; la causa legal o final, que consiste en “el fin perseguido por las partes al contraer la obligación”; y, finalmente, la causa del contrato que no es más que “la razón que decide a cada parte a contratar, razón que es personal, ordinariamente reservada y particularmente variable.”

Ahora bien, Osterling (2003) menciona que la responsabilidad civil se genera cuando el Derecho crea normas que obligan al responsable de un perjuicio a resarcir el daño ocasionado a una persona, sea una lesión a su patrimonio o a algún bien extrapatrimonial. (p. 373)

En ese orden de ideas, la responsabilidad civil es considerada como:

el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a un deber u obligación. Si actúa en la forma indicada por los cánones, no hay problema ni ventaja y resulta superfluo indagar acerca de la responsabilidad ahí emergente. En estos casos continúa el agente, sin duda, siendo responsable por su proceder, pero la verificación de ese hecho no le acarrea obligación alguna, esto es, ningún deber, traducido en sanción o reposición, como sustituto del deber de obligación previa, precisamente porque la cumplió. Lo que interesa, cuando se habla de responsabilidad, es profundizar el problema de la violación de la norma u obligación ante la cual se encontraba el agente. (Osterling, año, p. 242)

En este punto, el mencionado maestro agrega:

para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia, por lo que entre hecho y daño debe haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, esto es, que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante. (p. 235)

En general, en el derecho privado se considera que la responsabilidad civil es aquella obligación de indemnizar a una persona por el daño que ocasiona una conducta no ajustada a derecho. Dicho de otra forma, en las palabras de Gomá Salcedo:

la idea de que es preciso responder por el daño causado a otro (*neminem laedere*) es un postulado elemental en la teoría de la justicia y del Derecho, un axioma jurídico, y se encuentra en los estratos más profundos de la evolución que conduce a la noción moderna de la obligación (como se cita en Montoya, 2015, p. 86)

Dentro de los efectos de un eventual incumplimiento de la obligación, en particular respecto al acreedor, el maestro Alterini (1966) sostiene que:

El acreedor está dotado de una serie de poderes que son derivaciones, o efectos, de la relación obligacional de la cual es titular activo, todos los cuales llevan -directa o indirectamente, mediata o inmediatamente- a la satisfacción del interés suyo que está involucrado en la obligación. Tales efectos tienden a obtener que el acreedor se satisfaga en especie (que obtenga exactamente el objeto debido), o por equivalente (que se le dé en cambio algo de valor parejo con aquello) y, en esos supuestos, se los denomina principales. O tienden a proteger la integridad del patrimonio del deudor en el cual, habida cuenta del carácter patrimonial que tienen la prestación y la indemnización, el acreedor va a satisfacer de una o de otra manera su interés; en tal situación se los denomina auxiliares, porque coadyuvan a la virtualidad de los efectos principales. (pp. 86-87).

No obstante, moderna literatura jurídica del viejo mundo, considera que el tema ya no es tan sencillo. Es más, la tradicional responsabilidad civil, mencionan, está en crisis. Según el jurista español Díez-Picazo, ello se debe a:

la tensión entre moralización de las conductas por la vía de una más rigurosamente exigente responsabilidad o un deber de reparar todos los daños posibles. La moralización de las conductas individuales parece una línea política sana hasta un cierto punto: procurar que el individuo sea cuidadoso y que extreme su diligencia, porque si no el peso de la organización social recaerá sobre él. Sin

embargo, la acentuación de ese rigor puede conducir a situaciones paralizantes. Nadie se embarcará en situaciones mínimamente azarosas, si el riesgo que ha de re caer sobre sus espaldas absolver o desplaza el beneficio previsible.

Con excepción de estos recientes cuestionamientos, las teorías clásicas de la responsabilidad aún mantienen su vigor en nuestro sistema, en el cual se establece legislativamente dos diferentes tipos de responsabilidad, según las condiciones existentes con anterioridad al presunto evento dañoso: la responsabilidad contractual, cuando la relación entre el sujeto activo y el pasivo emana de un vínculo contractual, y la responsabilidad extracontractual, cuando no ha existido un negocio o relación jurídica previa entre ambos sujetos. Sin embargo, existen numerosas y amplias zonas grises entre ambas.

El profesor Vidal Ramírez, por otro lado, sostiene que en la responsabilidad civil hay dos regímenes diferenciados:

el que regula el resarcimiento del daño causado por la inexecución de las obligaciones contractuales que vinculan al autor y la víctima y el que regula la indemnización por el evento dañoso que se constituye en la causa generatriz de la relación jurídica que nace entre el autor y la víctima. (como se cita en De los Mozos & Soto, 2006, p. 210)

La primera, es la denominada responsabilidad contractual; la segunda, responsabilidad extracontractual.

De Trazegnies, utilizando un estilo literario muy descriptivo, dice al respecto:

Estas responsabilidades son diferentes porque tienen atmósferas diferentes. La casa de la responsabilidad contractual se encuentra embrujada por el fantasma de la intención de las partes que se pase por sus corredores y no puede ser desconocido. Y la casa de la responsabilidad extracontractual se encuentra embrujada por la idea de la necesidad de reparar el daño injusto. Estamos ante dos propósitos y dos perspectivas distintas, que llevan a utilizar formas de interpretación diferentes. (como se cita en Soto Coaguila et al., 2015, p. 40)

En materia de control gubernamental y, en especial, del régimen particular sobre la responsabilidad, cabe señalar que mediante los productos de control se puede identificar responsabilidad civil cuando se hubiese ocasionado daño económico al Estado. Dicha responsabilidad, sin embargo, está limitada al concepto definido por la mencionada ley orgánica de control, esto es:

aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico. (sic) (Congreso de la República, 2002, Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Novena Disposición Final)

Esta definición del ente rector marca una interesante posición híbrida en el tradicional marco de los diferentes tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual), constituyéndose en un régimen especial, lo cual es correcto; sin embargo, desde el punto de vista de este trabajo de investigación, es limitante de la potestad de fiscalización del ente rector de control. Como se explicará luego, esta limitación conceptual afecta, en definitiva, los resultados del control gubernamental y reduce el impacto positivo que espera la ciudadanía de la cadena de valor que debe liderar la CGR en la lucha contra la corrupción.

En efecto, de la simple lectura del mencionado dispositivo podemos apreciar una serie de opciones legislativas, tales como el carácter contractual y solidario de la citada responsabilidad civil; la limitación del daño al meramente económico; el plazo de prescripción de diez años de ocurridos los hechos que generan el daño económico; o, desde cuándo se computa el inicio del mencionado plazo. Sobre estas opciones podemos estar de acuerdo o no. Sin embargo, debemos llamar la atención sobre dos consideraciones importantes.

La primera consideración es que la definición legislativa del sujeto activo de la responsabilidad está limitada exclusivamente a los servidores y funcionarios públicos (y que ejercen funciones en las entidades perjudicadas). Nos preguntamos, ¿qué sucede, entonces, con los terceros que hubiesen ocasionado daños y perjuicios al Estado por inejecución de sus obligaciones, sea individualmente o coadyuvando con los servidores y funcionarios públicos en dicho resultado? Este interesante tema, no obstante, será tratado más adelante porque la propuesta de solución a esta limitación forma parte de uno de los aportes de este trabajo de investigación aplicada.

La segunda consideración relevante es el carácter especial de la mencionada responsabilidad, que se sustenta, de modo híbrido, en elementos de la responsabilidad civil contractual y de la extracontractual, incluyendo ciertos atisbos del moderno derecho de daños.

Sin discutir, por ahora, el carácter o naturaleza de la citada responsabilidad civil establecida por la Ley N° 27785, norma especial de derecho público, podemos apreciar rápidamente que la doctrina y la jurisprudencia en el derecho privado han ido en una dirección diferente a la referida ley que regula la actuación del ente rector de control, entre otras, en lo que respecta a la definición del citado concepto.

La perspectiva utilizada por el legislador mediante la dación de la Ley N° 27785 para definir la responsabilidad civil por los daños ocasionados al Estado, identificada en los informes de control de la CGR, difiere de la utilizada en el ámbito privado. Por un lado, la solución del problema se realiza utilizando, de modo híbrido, elementos de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual; lo cual es, por cierto, una nueva tendencia en el Derecho de Daños para regímenes especiales, como puede ser el derivado del control gubernamental. Por otro lado, se configura una limitación con relación al sujeto activo obligado, reducida al funcionario o servidor público que incumple sus obligaciones, configuración que este trabajo no comparte.

Se debe tener presente y destacar que, pese a que no se hace mención expresa al respecto, ambos ejes de la perspectiva de control están contenidos en una norma de derecho público que regula la actuación del ente rector de control gubernamental y sus

potestades para el ejercicio de sus funciones: la citada Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Los mencionados enfoques obligan a revisar la naturaleza de la responsabilidad civil identificada en los informes de control y, además, precisar las condiciones para que una persona pueda ser considerada sujeto activo de la responsabilidad identificada. Dicho análisis permitirá comprender el marco teórico existente a fin de evaluar si nuestra legislación ha elegido la mejor opción para resarcir o reparar a la víctima de los daños; y, además, ayudará a comprender quiénes deben ser identificados como verdaderos responsables de los daños ocasionados al Estado en los futuros informes de control, más allá de lo que nuestro marco normativo disponga en la actualidad.

En este sentido, a continuación, se revisará brevemente la posición de la doctrina nacional y extranjera sobre los diferentes tipos de responsabilidad civil a fin de comparar y evaluar si la posición adoptada por el legislador nacional en materia de control ha sido la óptima, así como se analizarán los problemas procesales que una u otra opción plantean para el ejercicio de las acciones legales respectivas pues ello puede incidir en la efectividad del resarcimiento oportuno al Estado. Posteriormente, se analizarán las condiciones para imputar responsabilidad civil a la(s) persona(s) que hubiese(n) ocasionado daño al Estado, identificada(s) en los informes de control, esto es, se hará un estudio de aquellos elementos que puedan permitir precisar quién o quienes pueden ser los sujetos activos de la respectiva responsabilidad civil, en caso esto sea factible. Este último tema será desarrollado cuando se expongan los elementos de la responsabilidad civil.

## 2.6 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Antes de comenzar a desarrollar los sistemas clásicos de la responsabilidad civil y las novedades al respecto en el mundo jurídico, es importante mencionar los principales enfoques que existen al respecto, así como las funciones de la responsabilidad bajo estas perspectivas, citando para tal efecto al maestro Espinoza (2013).

El citado autor menciona que la doctrina italiana sistematiza la responsabilidad civil mediante dos enfoques o perspectivas funcionales: una macrosistemática y otra microsistemática. La primera, dependiente del modelo macroeconómico que se tome como referencia, permite incentivar o desincentivar actividades en la sociedad, bajo una lógica de análisis económico del derecho, mediante la imposición de costos de transacción para asignar de manera eficiente los recursos públicos en favor del bienestar general. La segunda, permite lograr la justicia en cada caso concreto mediante el cumplimiento de una triple función: satisfactoria, de equivalencia y distributiva; esto es, debe permitir satisfacer a la víctima con un resarcimiento equivalente al daño ocasionado y logrando, mediante ello, una distribución de los costos respectivos. Al efecto, cita a Máximo Franzoni y a Gastón Fernández, seguidor de la posición de aquél en el Perú. (p. 54)

Espinoza (2013) consolida estas funciones de la responsabilidad civil, pero poniendo el énfasis en los sujetos que intervienen directa o indirectamente. Así, considera que existe una función resarcitoria o satisfactiva (sic), con respecto a la víctima del daño; una función sancionadora, con respecto al agente del daño; y, una función promotora o represora de actividades en la sociedad. En todas ellas aprecia una función transversal, que consiste en la distribución de los costos de los daños ocasionados. (p. 55)

Dicho esto, se debe hacer presente que existe en el mundo del derecho una discusión permanente relacionada a la conveniencia de utilizar en nuestros sistemas jurídico-normativos un sistema dualista o un sistema monista de responsabilidad civil. En el primer caso, que actualmente es asumido por nuestro Código Civil, se distingue la responsabilidad civil contractual de la responsabilidad civil extracontractual. En el segundo caso, ambas responsabilidades son unificadas, enfatizando la fusión en el interés de la víctima del daño. Esta última posición, viene aumentando el número de adeptos durante las últimas décadas.

Es oportuno ver en qué consiste cada uno de los mencionados sistemas pues interesa, para efectos de este trabajo, comprender los elementos de cada una y apreciar qué tipo de acción se puede iniciar para determinar jurisdiccionalmente la

responsabilidad civil de los sujetos pasivos que ocasionaron un daño al Estado en el culposo o doloso incumplimiento de sus obligaciones.

La responsabilidad contractual es aquella que proviene de la inejecución de obligaciones. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria se afirma, en la doctrina mayoritaria, que se está ante una responsabilidad contractual.

Según De los Mozos (2006), se debe partir de la premisa de que “el quebrantamiento de la preexistente relación obligatoria *imputable* al deudor es la fuente o *ratio* de la responsabilidad contractual.” Agrega, citando a Castán, “como la obligación lleva consigo la ineludible necesidad de su cumplimiento, si el deudor no la cumple por causas que se lean imputables, el Derecho ha de procurar ... su efectividad, su cumplimiento forzoso o anormal”. (p. 52)

De acuerdo a Betti:

la responsabilidad contractual deriva de la pérdida por el acreedor del “*commodum obligationis*”, es decir, de la falta del resultado de la cooperación debida, falta que establece el nexo entre *obligatio* y *actio in personam*, lo que habilita la ejecución forzosa que, en última instancia, se resuelve en la indemnización de daños y perjuicios (como se cita en De los Mozos, & Soto, 2006, p. 52)

A diferencia de la anterior, la responsabilidad extracontractual es, según un sector predominante de la doctrina, aquella que se origina cuando una persona por acción u omisión ocasiona a otra un daño sin que exista relación jurídica previa entre las partes o, mejor dicho, cuando el daño irrogado no es resultado del incumplimiento de una obligación, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro.

Entre ambas responsabilidades existen teorías monistas (solo hay una responsabilidad) y dualistas (existe una contractual y otra extracontractual), pero también existe una tercera teoría que sostiene la existencia de una corriente denominada responsabilidad por daños, en la cual el énfasis está puesto en resarcir los daños ocasionados a la víctima, más allá que se discuta si el origen de la afectación o menoscabo es de naturaleza contractual o extracontractual. Uno de los principales

promotores de esta última corriente en Latinoamérica es el jurista argentino Mosset de Iturraspe.

En la mayoría de los países en los cuales la tradición jurídica se acerca a la nuestra, la distinción entre la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual existió y existe todavía.

Según Peirano (1981) y algunos autores, el hito inicial se dio en antiguo Derecho Romano que regulaba dos acciones diferentes para sancionar los daños: la Ley Aquilia y la emergente del incumplimiento del *negotium* (p. 55).

Un amplio sector de la doctrina continental considera más bien, a diferencia de los anteriores autores, que el origen de la citada distinción en el mundo jurídico data recién del Siglo XVIII, siendo recogida por el Código Napoleónico. Este último designaba a la responsabilidad contractual como “garantías”, mientras que usaba el término de responsabilidad solo para las obligaciones extracontractuales; no obstante, ambas se sustentaban en el concepto de culpa, pero con diferentes matices, graduaciones y efectos, conforme señalan los hermanos Mazeaud (como se cita en De Trazegnies, 2015. p. 24).

La posición dualista sostiene que el deber legal de la responsabilidad extracontractual no puede ser identificado con el deber contractual por cuanto el primero es de orden público y el segundo, de orden privado. Además, en el caso de la primera, la culpa hace nacer la obligación de resarcir, mientras que, en la segunda, la culpa da por sentada la preexistencia de un convenio o acuerdo de voluntades y en la posibilidad de su incumplimiento.

Por el contrario, la teoría monista, según nos recuerda Peirano, fue iniciada por el jurista francés A.F. Lefebvre, quien fue el primero en proponer la unificación de ambas responsabilidades. Afirmaba este último que “la responsabilidad es una sola, porque ambas variantes derivan de la ley: el contrato vale solo porque la ley lo hace valer; y la responsabilidad extracontractual existe porque la ley la crea. Por tanto, ambas tienen la misma fuente.” Esta posición fue muy bien recibida en el mundo jurídico germano-romano, mas no así en el derecho anglo-sajón, que continuó con un sistema dualista de

*contractual liability* (similar a la responsabilidad contractual) y *torts* (similar a la responsabilidad extracontractual) (como se cita en De Trazegnies, 2015, p. 24),

Los hermanos Mazeaud, reconocían ciertas diferencias entre ambos tipos de responsabilidad, pero sostenían que ambas tenían su origen en la ley. Al respecto, afirmaban lo siguiente:

La responsabilidad extracontractual contractual está basada en una obligación previa, establecida por la ley, que manda no causar un daño injusto a otro. Por su parte, la responsabilidad contractual no está basada en la cláusula del contrato por que ésta se limita a exigir la ejecución de la obligación; pero, cuando una de las partes rehúsa a cumplir con el contrato y esto causa un daño a la contraparte, este último hecho da lugar a una nueva obligación -la obligación de reparar- que está ordenada también por la ley, como en el caso de la responsabilidad extracontractual (como se cita en De Trazegnies, 2015, p. 29)

En dicha línea, las diferencias que existían entre ambos tipos de responsabilidad era consideradas accesorias para los citados juristas franceses, quienes indicaban que ambas se sujetaban a los mismos principios y solo se distinguían en los efectos.

Posteriormente, han surgido en el mundo jurídico tesis eclécticas que tratan de conciliar ambos tipos de responsabilidad. Así, la doctrina uruguaya menciona que entre ambos tipos existe una “unidad genérica”, basada en la culpa entendida como el “hecho humano imputable” ya que entre ambos se produce la violación de un vínculo jurídico; sin embargo, admite, de otro lado, que existen diferencias específicas, según expone De Amézaga. La diferencia sería, esencialmente, el tratamiento que cada norma les da, según esta teoría. Ello, como es fácil advertir, brinda una explicación práctica, pero que no ayuda a descifrar la intrincada naturaleza de ambas responsabilidades y la eventual existencia de zonas grises o interrelacionadas (como se cita en Espinoza, 2013, p. 61)

Entre los autores peruanos, no existe tampoco una posición uniforme y pacífica. Por un lado, destacan Juan Espinoza, Fernando Vidal, Gastón Fernández y Yuri Vega defendiendo la teoría monista y, por otro lado, Fernando De Trazegnies se inclina por la teoría dualista.

En efecto, Espinoza (2013) afirma lo siguiente:

La discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se torna bizantina, por cuanto en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino cómo solucionar sus consecuencias. No importa el agente dañoso sino el dañado. (p. 68)

No obstante, el mismo experto agrega a continuación:

Siendo consecuente con mi pensamiento, creo que debería irse hacia la unificación: ello no significa generar un único régimen de responsabilidad civil, sino contar con una parte general común a la contractual y extracontractual y, además, con una parte específica que regule aspectos particulares (como mora o cláusula penal en el caso de la denominada responsabilidad civil contractual). (p. 70)

En la misma línea, Vidal (2006) señala que:

la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, se funda en acciones y omisiones, porque tanto la una como la otra resultan de la violación de obligaciones de hacer o de dar, o de obligaciones de no hacer. No debe perderse de vista que ambas especies de responsabilidad son el resultado de la violación del deber jurídico del *neminem laedere*, el deber de no causar daño, siendo éste el deber fundamental y que sintetiza a todos los demás deberes. (p. 211)

Esta corriente que se funda en el daño como elemento determinante de la responsabilidad propone, en última instancia, formular una nueva teoría general del resarcimiento que se aplica a ambos tipos de responsabilidad para superar la dualidad tradicional, en línea con lo sostenido por los promotores de un Derecho de Daños que pone el énfasis en la reparación del daño a la víctima.

Por el contrario, De Trazegnies (2015) se pronuncia de manera muy crítica a la precedente posición. Así, menciona:

Ambas responsabilidades (en su forma moderna, que aleja la idea de lo delictual o ilícito) reparan daños privados. Pero este no es un punto de unión o de fusión entre las dos responsabilidades sino simplemente un punto en común; donde lo común es la reparación, pero las formas de reparar y los daños a ser reparados se dan en circunstancias y bajo condiciones radicalmente distintas.

Bajo este argumento, De Trazegnies (2015) imagina un escenario de unificación de ambos tipos de responsabilidad y procede a enumerar diversos problemas en su aplicación. Los grados de culpa, la mora, las cláusulas penales, la culpa objetiva, la responsabilidad vicaria y los pactos de irresponsabilidad, cuya eventual eliminación afectaría la libertad de contratar. Asimismo, menciona los problemas de interpretación a nivel judicial y los diferentes plazos de la prescripción. Este destacado jurista no rechaza ciegamente la posibilidad de una unificación, pero considera que, más allá de sostener que ambos tipos de responsabilidad tienen un elemento común a nivel teórico y abstracto, debe demostrarse previamente “si la aplicación de las mismas reglas en los casos de inejecución de obligaciones contractuales y de daños extracontractuales puede ser más eficiente en la práctica que aplicar reglas distintas.” (p. 46)

La jurisprudencia en el Perú también se ha manejado por un sistema dualista, aunque con ciertas diferencias, según se trate de los operadores de la administración de justicia. Al respecto, la Corte Suprema de la República en la casación N° 849-96 de fecha 10 de octubre de 1997, abre las puertas a la unificación de ambos tipos de responsabilidad pues anticipa la tendencia a la unificación sistemática de la responsabilidad contractual y la extracontractual a partir de la idea de identificar al daño como eje del problema.

Espinoza (2013), quien cita el mencionado pronunciamiento, destaca el voto singular del Vocal Roncalla Valdivia en la respectiva resolución casatoria, cuya parte pertinente glosa textualmente:

la responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas si no que muchas veces pueden presentarse de manera paralela, coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta naturaleza, pero tiene su origen en una sola situación jurídica, como

en este caso, que es una relación contractual... Que en esos casos como en el presente, el perjudicado no solo dispone de una inequívoca acción si no que dispone de ambas a la vez... y que como fundamentos de derecho son intercambiables por el principio *lura Novit Curia*, siempre y cuando se hayan probado los elementos de derecho indemnizatorio que son un causante, una víctima, nexo de causalidad, negligencia, culpa o existencia de responsabilidad objetiva. (como se cita en Espinoza, 2013, pp. 69-70)

Como se puede apreciar de todo lo anterior, los expertos extranjeros y nacionales, así como la jurisprudencia nacional, aún no se han puesto de acuerdo sobre la materia y, más bien, nos dejan una sensación que las dos categorías tradicionales de responsabilidad contractual y extracontractual cada día se alejan más de los complejos problemas concretos que la modernidad presenta.

La anterior situación permite, pues, coincidir plenamente con Espinoza (2013) cuando sostiene lo siguiente:

Se puede concluir que es inútil y también dañino tratar de hacer entrar a toda costa los casos de responsabilidad en las dos categorías "contractual" y "delictual". Son concebibles otros regímenes y sería desastroso que, para respetar una simple clasificación abstracta y teórica que, por otro lado, no es impuesta ni por los textos ni por un imperativo lógico indiscutible, se sacrifiquen los verdaderos intereses en juego que consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y a prevenir los comportamientos antisociales. (p. 71)

Dicho autor concluye: "Parece que al día de hoy es absolutamente normal y necesario estructurar regímenes autónomos respecto de los dos sistemas elaborados a partir de los textos del Código Civil" (Espinoza, 2013, p. 71). Esta conclusión, que avizora un <sup>4</sup> derecho general o común resarcitorio y, además, diferentes regímenes especiales de responsabilidad civil, está más en línea, por ejemplo, con el especial régimen de <sup>24</sup> responsabilidad civil señalado por la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

En la actualidad se continúa discutiendo el tema y se están generando transformaciones profundas que pueden de la misma manera aparecer como preludeo a la eliminación de la distinción entre ambos tipos de responsabilidad, conforme señala la jurista francesa Geneviève Viney (2011). La discusión no sólo se entabla en un nivel teórico, sino, además, en su aplicación pragmática, esto es, cuando el deslinde de las respectivas responsabilidades es sometido a un proceso jurisdiccional mediante el ejercicio del derecho de acción, lo cual propone creativamente un factor novedoso e importante a la discusión clásica.

Así, por ejemplo, Viney (2011), menciona que:

a priori, parecería lógico admitir que toda acción fundamentada en la violación de una obligación contractual debe ser sometida al régimen contractual, sin distinguir entre aquellas que son ejercidas entre contratantes o entre uno de los contratantes y un tercero. No obstante, debe tenerse en cuenta el hecho de que la violación de la obligación contractual puede perfectamente ir acompañada de una culpa extracontractual. En ese caso, no existe, como hemos visto, alguna razón seria para no dejar al demandante elegir entre la acción contractual y la acción extracontractual, a condición de que esa elección sea asumida totalmente, es decir, que el demandante se adhiera a la aplicación integral del régimen que ha escogido. (p. 32)

La mencionada posición resulta interesante y práctica para comprender la adaptabilidad del derecho a situaciones especiales y, en esa línea, favorece la posibilidad que la CGR accione contra los terceros que, sin ejercer una función pública, tengan una relación obligacional *sui géneris* con el Estado y cuyas conductas generen un impacto en los bienes o recursos públicos estatales, especialmente cuando incumplen sus obligaciones con las entidades en los procesos de contratación pública en los cuales intervinieron.

En este punto, se puede apreciar que la perspectiva utilizada por el legislador mediante la dación de la Ley N° 27785 para definir la responsabilidad civil por los daños ocasionados al Estado, identificada en los informes de control de la CGR, difiere de la utilizada tradicionalmente en el ámbito privado.

En efecto, la solución del problema en materia de control se ha realizado, por un lado, utilizando -de modo híbrido- elementos de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual (lo cual es, en la actualidad, una nueva tendencia en el Derecho de Daños, para regímenes especiales, como podría ser el derivado del control gubernamental); y, por otro lado, fijando una limitación respecto al sujeto activo obligado, reducida al funcionario o servidor público que incumple sus obligaciones. Esta última restricción resulta innecesaria, conforme se explicará posteriormente.

León, J. (2008) expone varias situaciones particulares de enorme importancia para el tema que nos ocupa. Este experto peruano en control gubernamental hace una observación muy interesante y oportuna:

En razón de que las reglas de la responsabilidad civil contractual no han sido diseñadas para el supuesto que contempla la responsabilidad civil del funcionario público, se presentan limitaciones y/o incompatibilidades para su aplicación a dicho supuesto. Así, por ejemplo, tenemos la limitación de la indemnización al daño que podía preverse al momento en que se constituyó la obligación en el caso que la inexecución de la obligación o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación obedecieran a culpa leve (artículo 1321° del Código Civil).

Esta limitación no tiene sentido para el caso del funcionario o servidor público, por cuanto resulta muy difícil prever todos los daños que éste podría ocasionar en el ejercicio de sus funciones. Además, en el caso de la responsabilidad civil del funcionario público resulta adecuada la “restitución integral”. Otro ejemplo de estas limitaciones lo constituye la extinción de la obligación que solo es susceptible de ejecutarse parcialmente si ella no fuese útil para el acreedor o si este no tuviera justificado interés en su ejecución parcial (artículo 1316° del Código Civil). Esta posibilidad carece de sentido en el caso de la responsabilidad civil del funcionario público. (p. 8)

Debe tenerse presente y destacar, además, que, pese a que no se hace mención expresa al respecto, la particular perspectiva de control está contenida en una norma de derecho público que regula la actuación del ente rector de control gubernamental y sus potestades para el ejercicio de sus funciones: la citada Ley N° 27785, Ley Orgánica del

Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, 2002, norma con autonomía que, en la práctica, crea un régimen especial sobre la materia ajustado a los propios requerimientos de la función de control gubernamental.

## 2.7 LOS CONTRATOS Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los eventos dañosos que más repercuten en las arcas del Estado son aquellos que se originan con motivo del incumplimiento de las obligaciones pactadas en contratos de bienes servicios u obras o en su inejecución parcial, tardía o defectuosa, por lo cual se requiere comprender los conceptos que rodean las respectivas relaciones jurídicas, así como la finalidad de las contrataciones en las cuales intervienen el Estado que se nutren de los principios generales del derecho y, parcialmente, del derecho civil privado.

De la Puente y Lavalle (1998) manifiesta que el contrato es “un acto jurídico plurilateral y patrimonial”:

Es plurilateral, ya que, a diferencia de los actos unilaterales, necesita el concurso de las manifestaciones de voluntad de varias partes para generar la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Asimismo, el contrato es un acto jurídico patrimonial, ya que la relación jurídica creada (regulada, modificada o extinguida por el acto) versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica, o sea que puedan ser objeto de valoración. (p. 48)

Según Castillo Freyre (año 2011):

cuando se celebra un contrato se genera entre las partes la denominada relación jurídica patrimonial. Sin embargo, esta expresión puede ser entendida en un sentido doble. En primer término, debe recordarse que, en sede de Derecho de Obligaciones, la relación jurídica patrimonial es sinónimo de obligación propiamente dicha, empleándose en la referida área del Derecho Civil, con frecuencia, en ese sentido. Dentro de tal orden de ideas, y siendo conscientes de que los contratos son fuente generadora por excelencia de obligaciones, podría decirse que los contratos generalmente crean más de una obligación y, por tanto,

generan más de una relación jurídica patrimonial entre las partes. Dentro de la segunda acepción de la expresión relación jurídica, se entiende por ella al conjunto de obligaciones que las partes han contraído entre sí. De esta forma, sería susceptible de identificación la expresión relación jurídica con relación contractual, vale decir, con el conjunto de obligaciones nacidas de un contrato. Dentro de las concepciones modernas de la doctrina civilista, cuando se celebra un contrato, éste deja automáticamente de existir, y lo que queda subsistente es la relación jurídica o la relación contractual creada por dicho contrato. ((Osterling y Castillo, 2011, p. 231-244)

La principal fuente de las obligaciones respectivas es el contrato, cuyo sustento constitucional está dado, principalmente, por los artículos 62°, 63, 66, 71, 72, 73 y 85 de la Constitución Política del Perú.

Las citadas disposiciones constitucionales sobre los contratos se desarrollan en el Título I de la Sección Primera del Libro VII del Código Civil peruano, para las relaciones jurídicas entre privados, que glosamos a continuación:

“Artículo 1351°.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica.

Artículo 1361°.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Artículo 1362°.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Artículo 1363°.- Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.” (Comisión Revisora del Código Civil, 1984, Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295)

Los citados dispositivos constitucionales y legales constituyen una base sobre la cual se desarrollan los contratos, en general, sin embargo, cuando una de las partes es

el Estado, la situación varía significativamente. Existe la libertad de contratar, pero la aparente situación de igualdad no es tal como sucede en materia de contrataciones entre privados, sino que la contratación debe sujetarse a normas y reglas especiales que cautelan la particular posición del Estado en aras de proteger el erario público y el cumplimiento de sus fines prestacionales.

Al respecto, para efectos de este trabajo cabe destacar uno de los principios de la contratación, que permite la limitación a la autonomía de la libertad: el principio de Sociabilidad /Solidaridad. Osterling (2010) hace una importante reflexión sobre el particular, que viene a colación:

Al referirnos a la manifestación de voluntad lo hemos hecho desde el punto de vista de su validez y de la libertad de las partes para obligarse en las condiciones que desean pactar. Sin embargo, la ley peruana señala límites que regulan el actuar de los sujetos en atención a los principios que inspiran el orden social y la pacífica convivencia. Nuestro ordenamiento ha recogido aspectos de este principio en los artículos 1354 y 1355 del Código Civil, al prohibir que el contenido del contrato sea contrario a norma legal de carácter imperativo o cuando la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, impone reglas o establece limitaciones al contenido de los contratos. Aquí se establece una limitación a la autonomía de la libertad atendiendo al principio de sociabilidad y, en cierto sentido, al principio de la causa concreta. (p. 5)

En ese orden de ideas, cabe agregar que el Estado, para el cumplimiento de sus fines, celebra anualmente miles de contratos con proveedores para el abastecimiento de bienes, servicios u obras, a través de todos sus órganos a nivel nacional y de manera descentralizada. Es más, uno de los principales “clientes” del sector privado es el Estado, destinando gran parte de su presupuesto general a fines de abastecimiento para cumplir su rol prestacional.

<sup>9</sup> La Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional – USAID, confirma lo mencionado y agrega:

Una contratación pública sólida es fundamental para gobernar de manera eficiente, mejorar los servicios y ganar la confianza de los ciudadanos. La mitad del gasto público en el Perú corresponde a adquisiciones para la compra de bienes, servicios e infraestructura en beneficio de la sociedad. (USAID, 2021, p. 1)

El relacionamiento del Estado con el sector privado a través de la contratación pública, le permite a aquél abastecerse y, en paralelo, desarrollar la economía del país a fin de satisfacer las necesidades de la población, promoviendo las actividades comerciales, la generación de empleo y la confianza de la ciudadanía en las instituciones. Para este efecto, su actuación se desarrolla, principalmente, dentro de la esfera del derecho administrativo, del derecho público y, de manera subsidiaria, del derecho civil.

Antes de analizar la naturaleza de la contratación pública, Salazar (2020) considera conveniente tener en cuenta que ésta es, en gran medida, parte del Sistema Nacional de Abastecimiento, entendido éste como:

el conjunto de principios, normas, procesos, procedimientos, técnicas e instrumentos para la provisión de los bienes, servicios y obras, a través de las actividades de la Cadena de Abastecimiento Público, orientadas al logro de los resultados, con el fin de lograr un eficiente y eficaz empleo de los recursos públicos. Sus principios no son necesariamente los mismos, pero son coincidentes y congruentes entre sí. (p. 12)

Salazar (2020) considera también que la contratación pública es una manifestación del Poder que actúa para generar valor público y para satisfacer el interés de la sociedad realizando sus valores y metas programáticas a fin de procurar el desarrollo y el bienestar de la población (p. 23).

Sobre la base conceptual antes mencionada, dicho autor comparte la definición de los clásicos civilistas en la definición del contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; sin embargo, en el caso del contrato público, agrega una nota más, tan relevante como diferenciadora:

38  
acuerdo en el cual, por lo menos, una de las partes es una entidad de la Administración Pública que compromete el interés público.

En ese orden de ideas, el citado maestro (2020) menciona que la contratación pública forma parte del Derecho Público (por ser relación de Poder), específicamente del Derecho Administrativo (por estar presente la Función Administrativa del Poder), tiene insertos de Derecho Privado y Derecho Social (en la medida que sean compatibles con principios y regulación del Contrato Público), así como resulta permeable para aplicar políticas públicas (Derechos humanos, sostenibilidad, promoción de sectores priorizados, modernización de la Gestión Pública, etc.). Respecto a esto último, podemos agregar, también, la promoción de la integridad, la lucha contra la corrupción y contra la impunidad, en salvaguarda del interés público comprometido. (p. 27)

Es importante tener en cuenta que la contratación pública está sujeta a procedimientos licitatorios regulados por ley, no se sustenta en la libre negociación de las partes, como en la contratación entre privados. Siguiendo a Salazar (2020), en los procedimientos de contratación pública (salvo algunas excepciones en el caso, por ejemplo, de organismos internacionales) deben respetarse las precedencias normativas. Así, el texto del contrato no debe transgredir ni a la oferta ganadora, ni a las bases, ni al Reglamento, ni a la Ley de Contrataciones del Estado ni a la Constitución.

La Ley de Contrataciones del Estado es la principal encargada de regular los procesos de selección para que el Estado pueda contratar en los mejores términos de calidad, precio y oportunidad, contratación estatal que se basa en los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional. No obstante, existe una vasta legislación administrativa y de derecho público que regula dicha contratación según sus diferentes objetos o finalidades contractuales.

Así, por ejemplo, debemos reconocer la existencia de regímenes especiales para los contratos de concesión y asociaciones público privadas, para las operaciones y convenios de crédito especiales, entre otros, que requieren tratamientos diferenciados, los cuales marcan una diferencia sustancial con los contratos entre privados.

Respecto a la mencionada relación obligacional *sui generis*, cabe destacar que la participación de un particular cuando contrata con el Estado, no se equipara a una contratación típica del derecho privado, en la cual existen dos o más partes con derechos y obligaciones horizontales.

En efecto, aunque el contrato público se trate de un contrato oneroso, bilateral, sinalagmático, con obligaciones recíprocas, su celebración implica -como hemos adelantado- que interviene, por lo menos, una entidad pública. Además, en el caso del contratista privado, la contratación pública implica que éste asume obligaciones que exceden el ámbito clásico del derecho contractual regulado por el Código Civil; su libertad está limitada y, además, se somete en buena parte a la Ley de Contrataciones del Estado, salvo algunas excepciones. En consecuencia, el contratista goza solo de una libertad de contratación acotada y su interés privado requiere ser conciliado con el interés público de la entidad contratante.

Dicho esto, se puede precisar que la contratación pública consiste, como menciona la doctrina, en un conjunto de normas y procedimientos por los cuales, a través de la interrelación del Estado con terceros, denominados contratistas, aquél adquiere bienes, servicios y obras para el cumplimiento de sus fines pagando su valor. Esta interrelación genera para el contratista privado un deber especial pues el eventual incumplimiento de sus obligaciones o la inejecución de las prestaciones pactadas, no solo impacta en la esfera de la entidad contratante, cualesquiera que ésta sea, sino en la esfera del Estado, entendido como una entequeia que representa los intereses de toda la población y una de cuyas principales misiones es la prestación de servicios al pueblo, dentro de un territorio determinado y mediante el ejercicio del poder político que le ha sido conferido.

Según Salazar (2020), el carácter especial de los contratos que celebra el Estado se debe a que utilizan fondos públicos y a que están comprometidas finalidades públicas. Por tanto, debe existir correspondencia entre los principios de la contratación pública y el aseguramiento de que las políticas públicas se hagan realidad. (p. 6)

Las anteriores consideraciones y otras situaciones especiales generan, por un lado y en la mayoría de los casos, una posición privilegiada para el Estado, como las

facultades exorbitantes para resolver un contrato de manera unilateral; por otro lado, generan para el contratista una libertad acotada y obligaciones trascendentes que exceden los términos fríos y literales de un contrato privado.

Llegado a este punto, se debe agregar que los contratistas privados asumen obligaciones tácitas ultra contractuales por su posición especial de dominio (ejecutar o no las prestaciones o cumplir sus obligaciones de manera parcial, tardía o defectuosa), que ineludiblemente pueden generar un resultado lesivo para miles o millones de personas. El contrato público otorga al contratista la facultad de beneficiar o afectar al interés público, a una población que, si bien no interviene directamente en el contrato formal (o, más bien, por dicha razón) es vulnerable a la mencionada discrecionalidad del contratista y a los efectos de sus actos.

Debe destacarse, pues, que en la contratación pública existen diferentes intereses en juego y con un nivel distinto de protección. Por un lado, la entidad o, más bien dicho, el Estado, quien al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer necesidades públicas (interés público). Por otro lado, está el contratista, quien se somete a un contrato previamente elaborado por su contraparte, con la finalidad de obtener un lucro (interés privado). No obstante, también existe un innegable interés de la sociedad, beneficiaria y receptora de las prestaciones pactadas y, además, sujeto pasivo de las políticas estatales establecidas para motivar, positiva o negativamente, ciertas actividades.

El hecho que existan diferentes intereses en juego no significa que se enfrente un escenario de confrontación. Todo lo contrario. Según Salazar, la contratación pública debe ser vista como un escenario de acción conjunta entre entidad y contratista en favor de la comunidad. Por tal motivo, concluye, comparten responsabilidad por lo que perjudique a esta última.

“El fin prestacional del Estado se manifiesta en la dación de una serie de condiciones que permitan el desarrollo social del individuo, como salud, educación, trabajo, y demás derechos fundamentales básicos que la Constitución consagra” (Montoya, 2015, p. 92). Con ese objeto y a fin de mitigar los riesgos de perniciosos efectos sobre una población vulnerable (que demanda al Estado <sup>27</sup> la prestación de

servicios públicos de calidad, oportunos y al menor costo), la norma en materia de contrataciones públicas acude a principios que exceden los términos ordinarios de la contratación privada e imponen a los contratistas del Estado ciertas obligaciones o restricciones acordes a la gravedad y trascendencia de la actividad estatal que, en definitiva, permiten distribuir, de manera adecuada, los riesgos sobre los efectos de las conductas contractuales, así como cautelar los bienes y recursos del Estado que, en última instancia, se deben a la comunidad, a la ciudadanía.

Esta orientación e innegable diferencia cualitativa entre la contratación pública y la privada servirá para explicar la propuesta legislativa materia de este trabajo de investigación aplicada, que ayudará a optimizar el resarcimiento de las indemnizaciones señaladas en los informes de control que identifiquen responsabilidad civil por daños ocasionados al Estado.

En cualquiera de estos tipos de contratación, los elementos de la responsabilidad son similares y serán explicados a continuación por su especial vinculación con el tema objeto de este trabajo de investigación. Las diferencias son, básicamente, de matices y justificadas por la orientación a brindar soluciones pragmáticas a algunas situaciones disímiles, distinguiendo la perspectiva privatista de la responsabilidad civil con la perspectiva de derecho público, la finalidad de la contratación pública y los fines especiales del control gubernamental.

En nuestro sistema normativo, el Libro VI de las Obligaciones del Código Civil del Perú de 1984, Sección Segunda, Efectos de las Obligaciones, en particular el Título IX relativo a la Inejecución de las Obligaciones, considera la existencia de cinco elementos en la responsabilidad civil de carácter contractual: sujetos (activo y pasivo), antijuridicidad, factor de atribución, relación causal y, finalmente, el daño; todos los cuales pueden ser extrapolados a la contratación pública. (Comisión Revisora del Código Civil, 1984, Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295)

Resulta conveniente precisar a continuación estos elementos, transversales a cualquier tipo de contratación -salvo ligeros matices-, pues sobre la base de ellos se desarrolla el presente trabajo de investigación y las respectivas propuestas de modificación del marco normativo.

## 2.8 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Conforme a Espinoza (2013), tratadista peruano que resume el criterio pacífico de la doctrina nacional sobre el particular, la responsabilidad civil requiere cinco elementos para ser considerada como tal, coincidiendo con los antes señalados por nuestro ordenamiento sustantivo. (p. 89). Los nombres de estos cinco elementos pueden variar. De hecho, existen múltiples designaciones para cada uno de ellos; no obstante, la idea conceptual de cada uno de ellos suele ser muy similar.

Para efectos de este trabajo, dichos elementos se explicarán brevemente, dando especial dedicación a dos de ellos: los sujetos (activo y pasivo) y la relación causal, pues ambos han sido definidos por la ley orgánica del ente rector de control de manera distinta a los conceptos que son utilizados de manera uniforme por la doctrina nacional y extranjera.

### 2.8.1 Sujetos de la responsabilidad civil

Según Osterling y Castillo (2001), los sujetos son las personas ligadas por un vínculo obligacional y, en principio, deben ser dos, un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor). Nada impide, sin embargo, que existan varios sujetos activos o varios sujetos pasivos o, simultáneamente, que en una misma relación obligacional existan pluralidad de sujetos activos y pasivos. Consecuentemente, lo que hay son dos partes: la activa o acreedora y la pasiva o deudora, y esas partes pueden estar formadas por más de una persona. (p. 142)

#### (1) Sujeto activo

Respecto al sujeto activo, en materia de responsabilidad civil, la doctrina considera como tal a aquél que ocasiona a otro un daño y que, por ello, está obligado a resarcirlo.

Ahora bien, la Ley N° 27785 define a la responsabilidad civil como:

“aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.” (Congreso de la República, 2002, Ley N° 27785 Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Novena Disposición Final)

En el derecho civil la doctrina ha sido, en cambio, bastante más abierta a la incorporación de otros sujetos activos, prácticamente de manera ilimitada, en tanto la actuación de éstos cumpla con todos los elementos de la responsabilidad civil.

Las posiciones doctrinarias se pueden extrapolar fácilmente para sustentar plenamente la identificación del funcionario o servidor público como sujeto activo de los daños (efecto) ocasionados al Estado (sujeto pasivo) por causa del incumplimiento de sus obligaciones funcionariales o contractuales (relación causal), sea por dolo o culpa (factor de atribución). Sin embargo, este proceso no es tan claro tratándose de terceros, esto es, aquellos proveedores o contratistas del Estado que hubiesen participado o coadyuvado con los mencionados funcionarios y servidores públicos en la generación del daño ocasionado al Estado por el incumplimiento de sus obligaciones.

En el caso de los procesos civiles de indemnización por daños sustentados en los informes de control (una de las variables que se observarán), se debe indicar que éstos concluyen, por regla general, con sentencias firmes expedidas por el Poder Judicial que estiman o desestiman las demandas. En el caso de las sentencias firmes que declaran fundadas las demandas, parcial o totalmente, se debe proceder a la ejecución y cobro de las sumas indemnizatorias contra los demandados, de acuerdo a lo establecido en la parte resolutive de la respectiva sentencia, siguiendo el Proceso Único de Ejecución previsto por el Título V del citado código adjetivo (Ministerio de Justicia, 1993. Texto

<sup>7</sup> Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado mediante resolución Ministerial N° 010-93-JUS)

<sup>1</sup> Debido al marco legal del control gubernamental, en la actualidad las personas identificadas como civilmente responsables en los informes de control de la CGR son, únicamente, funcionarios o servidores públicos, no extendiéndose mediante norma expresa dicha condición a los terceros (proveedores o contratistas) que pudieran haber ocasionado el daño o coadyuvado en su generación. La antes mencionada definición de la Ley N° 27785 no se extiende, de manera expresa, a los terceros que, sin ejercer función pública, hubieran ocasionado un daño económico al Estado incumpliendo alguna obligación previamente asumida con este último. Esta posición será investigada y analizada en este trabajo bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para evitar se limite innecesariamente las posibilidades de resarcimiento del respectivo perjuicio.

La mencionada actual identificación de los funcionarios o servidores públicos como responsables civiles es completamente razonable y, además, se alinea a las Normas Internacionales de Auditoría de INTOSAI (ISSAI, por sus siglas en inglés) que contienen los principios fundamentales para el funcionamiento de las Entidades Fiscalizadoras Superiores -léase contralorías- y las Guías para las auditorías de entidades públicas en el ejercicio del control gubernamental, destacando para tal efecto la ISSAI 4100 sobre auditorías de cumplimiento.

Al respecto, el sustento de la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos en nuestro país, radica en dos fundamentos principales: Uno, en la relación especial que existe entre las diferentes entidades del Estado y aquellas personas que, independientemente del régimen laboral en que se encuentran, mantienen vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de ellas, y que -en virtud de dicho vínculo- ejercen funciones en tales entidades; y, dos, en la potestad constitucional de la CGR para supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado y de los actos de las instituciones sujetas a control.

Llegado a este punto, el presente trabajo de investigación considera importante revisar el concepto de funcionario público en materia de control gubernamental, en el

derecho penal y en el derecho administrativo sancionador, pues ambas disciplinas comparten varios principios del derecho público aplicables a la responsabilidad civil en materia de contrataciones públicas.

Cuando se hace referencia a los funcionarios públicos en materia de control gubernamental, de acuerdo a las consideraciones esbozadas en los acápites precedentes, se puede concluir que son aquellas personas que ejercen una función pública, sin importar el régimen que las vincule al Estado. Es decir, no interesa si existe una relación contractual o extracontractual o, incluso, si existe solo una relación de servicios *ad honorem*. Lo que destaca la norma es la existencia de una obligación o deber funcional en el servicio público. Esta situación es fundamental, a la fecha, para la identificación en los informes de control de las personas civilmente responsables de haber ocasionado daño al Estado por incumplimiento de sus obligaciones. A partir de ello, es factible que asuman la obligación de resarcir al Estado por los perjuicios irrogados por dolo o culpa en el ejercicio de sus funciones.

Dicho concepto guarda ciertas similitudes con el concepto de funcionario público utilizado en el ámbito administrativo y en el ámbito penal, aunque se debe reconocer la total autonomía de estos últimos, de acuerdo al área del Derecho que los regula.

En efecto, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son manifestaciones de la potestad sancionatoria del Estado, del *ius puniendi*, con muchos puntos y aspectos en común debido a que ambas sancionan infracciones para proteger a la sociedad, a la administración, y comparten varios principios de rango constitucional, como el principio de legalidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, entre otros. Sin embargo, incluso en la aplicación de estos principios hay distintos matices entre ambos. De igual modo o, más bien, por dicho motivo, las normas que regulan dichos ámbitos no son idénticas. En el derecho penal son más garantistas y más restrictivas de los derechos de las personas, a diferencia de las normas administrativo sancionadoras.

Al respecto, en Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido del concepto de funcionario público, cuyas bases normativas son el artículo 40° de la Constitución Política y el artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa,

normas que establecen “una definición negativa de funcionario público (es decir, por exclusión).” (Montoya, 2015, p. 39)

En dicho orden de ideas, Abanto menciona que el artículo 40° de la Constitución excluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta (como se cita en Montoya, 2015, p. 39). De igual manera, la ley excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, y a los trabajadores de empresas del Estado o de economía mixta. (Poder Ejecutivo, 1984, Decreto Legislativo N° 276 que aprueba la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, artículo 2°)

Esta última definición del Derecho Administrativo marca una significativa diferencia con la definición precisada por la antes mencionada Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que considera como funcionario o servidor público para el control gubernamental a aquellas personas que ejercen una función pública, sin importar el régimen que las vincule al Estado, incluyendo a aquellas que desempeñen cargos políticos o de confianza.

Respecto al Derecho Penal, existe una marcada distinción con la definición del Derecho Administrativo. Olaizola menciona que no interesa tanto la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública para el cumplimiento de los fines y objetivos de la administración pública en favor del ciudadano. A mayor abundamiento, en el caso de los delitos contra la administración pública, Gómez agrega que éstos “no pueden ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal.” (como se cita en Montoya, año, p. 39, 51)

Como se aprecia, hay una importante distinción entre ambas perspectivas. A diferencia del Derecho Administrativo, lo relevante para el Derecho Penal es quién está en condiciones de lesionar el bien jurídico protegido, entendiendo a éste último como el correcto y adecuado ejercicio de la función pública.

Esta última concepción, bastante amplia, se acerca más a la definición de funcionario o servidor público precisada por la Ley N° 27785, que incide en la función pública desempeñada por el sujeto. Las leves diferencias se notan un poco más cuando se analiza el título habilitante en virtud del cual el funcionario o servidor público llegó a ser tal, esto es, cómo llegó a adquirir tal estado.

Los expertos en Derecho Penal, como Montoya o Meini, coinciden en que la incorporación a la función pública consiste en la selección, la designación o la elección del sujeto para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado, proceso que culmina en un producto denominado título habilitante. Al efecto, sustentan sus opiniones, principalmente, en los tratados internacionales reconocidos por el Estado peruano, para lo cual consideran de estricta aplicación lo dispuesto por la Constitución Política del Perú, que señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. (Congreso Constituyente Democrático, 1993. Constitución Política del Perú, artículo 55)

Dentro de los instrumentos internacionales que precisan los conceptos de funcionario público, destacan la Convención Interamericana Contra la Corrupción, 1996 (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 2003 (CNUCC), cuyos artículos pertinentes citamos a continuación:

Artículo I de la CICC: Para los fines de la presente Convención, se entiende por: “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Artículo 2 de la CNUCC: A los efectos de la presente Convención: a) Por “funcionario público” se entenderá: i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea

designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte”. Esta convención fue ratificada por el Estado peruano el 16 de noviembre de 2004.

La lectura de ambos dispositivos auto aplicativos permite encontrar muchas semejanzas con la definición de funcionario o servidor público de la Ley N° 27785. Como es natural, existen casos complicados como los de aquellas personas que no han sido incorporadas de manera heterónoma a la función pública, pero que, sin embargo, la han ejercido. Dentro de estos excepcionales casos, están los funcionarios de hecho o de facto y los que han usurpado funciones públicas. Esta investigación considera que se puede agregar, además, a aquellos coloquialmente denominados “continuadores”.

Según el profesor Montoya (2015), el funcionario de facto es “un particular que es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nula, anulable y/o inexistente”. En cambio, el usurpador de funciones es aquél sujeto que “por iniciativa propia, se coloca de forma ilegítima en la posición de funcionario.” (p. 42)

En cuanto a los antes mencionados “continuadores”, pueden ser entendidos como aquellas personas contratadas como locadores de servicios, de acuerdo a las normas del Código Civil, pero que, en la práctica, cumplen con todos los elementos de un vínculo laboral con el Estado, aunque no han satisfecho la exigencia de ingresar a laborar por

concurso público, como exige la ley. En no pocos casos, estas personas trabajan semanas o meses para una entidad sin que hubiese aún sido emitida su orden de servicio o, incluso, a veces sin que se elaboren los respectivos términos de referencia. Esta última situación completamente irregular, por decir lo menos, es frecuente en la administración pública y se subsana, periódicamente, con la regularización posterior de la emisión de los documentos pertinentes, mitigando el riesgo de la comisión de hechos ilícitos en el interin y el posterior señalamiento de responsabilidad civil, administrativa o penal.

Como se puede apreciar, la perspectiva del Derecho Penal resulta muy interesante para entender el concepto de funcionario público que, pese a su amplitud y autonomía en dicha rama, nos permite profundizar en aquellas características que pueden ayudar a definir al sujeto activo de la responsabilidad civil por daños ocasionados al Estado que se identifican en los informes de control. El análisis teleológico de la noción nos brinda la oportunidad de reflexionar sobre la eficacia de la definición legal utilizada por la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, más aún cuando queremos utilizarla en el ámbito del Derecho Civil y, en particular, del derecho de daños.

Respecto a la perspectiva del derecho administrativo sancionador, es relevante mencionar el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (TSRA) precisa los elementos del tipo infractor, entre los cuales, aparte del grave perjuicio al Estado, señala dos básicos que nos sirven para entender la actuación del funcionario público que puede ser objeto de sanción administrativa. Su importancia amerita citar literalmente la parte pertinente:

“(i) Identificar la disposición legal que expresamente regule las funciones del servidor o funcionario público: La disposición legal incumplida puede comprender a una norma que provenga de sus documentos de gestión (ROF, MOF) o una norma de carácter general (normativas que regulan los sistemas administrativos del Estado, tales como contrataciones públicas, presupuesto, tesorería, o recursos humanos) o norma interna (directivas, memorando, contratos u otros) que regule la actuación de los funcionarios o servidores públicos.

(ii) Acreditar que el funcionario o servidor público incumplió dichas funciones, en ejercicio de función o cargo: Debe acreditarse la condición de funcionario o servidor público (su cargo, encargo o comisión), que actuó en el ejercicio de sus funciones derivadas de dicho cargo, encargo o comisión (en su periodo de gestión), señalando de qué manera se materializó el incumplimiento (acción u omisión) o la irregularidad que transgredió la normativa general o interna identificada. Dicho incumplimiento debe acreditarse con medios probatorios. En el análisis de cómo se materializó la comisión de la infracción, se debe verificar: a) Que las obligaciones exigidas expresamente señaladas en la normativa de carácter interna o general, se deriven del ejercicio de su cargo, encargo o comisión; b) La diligencia debida que se espera del servidor o funcionario público en el ejercicio del cargo, encargo o comisión que asume y; c) Además del deber incumplido, que en el ejercicio diligente de su cargo, haya tenido la posibilidad de advertir el hecho irregular.” (Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, 2018, Acuerdo Plenario N° 002-2018-CG/TSRA publicado el 21 de agosto de 2018)

La dificultad de comprender en esta definición a los servidores públicos *de facto* o a aquellos locadores “continuadores” que llegan a laborar, incluso, sin un marco contractual (normativa interna), obliga a interpretar de manera amplia el encargo o comisión en virtud del cual dicho trabajador labora en la entidad pública; al menos para efectos civiles.

Aparte de esos casos complicados, se debe destacar una verdad incuestionable: el concepto penal va más allá del desempeño <sup>65</sup> de la función pública por parte del servidor o de la persona y pone énfasis en la acción de prestar un servicio público, esto es, que estos se desarrollen de forma normal y correcta, según precisa Montoya. Cabe, en esta orden de ideas, recordar que la noción del Derecho Penal es no solo más amplia que el respectivo concepto del Derecho Administrativo, sino, también autónoma.

Llegado a este extremo, es propicio hacer una referencia a los análisis realizados para identificar <sup>12</sup> el fundamento de la responsabilidad penal en los casos de delitos

funcionariales y, además, la restricción del círculo de autores en estos casos, para luego examinar la inclusión de los terceros partícipes de los hechos tipificados como delito. Dichos análisis permitirán contar con una perspectiva interesante, con bases constitucionales, para evaluar la posibilidad de identificar responsabilidad civil en los terceros que coadyuvaron con los funcionarios o servidores públicos en la generación del daño o que los ocasionaron individualmente sin esta coparticipación. Asimismo, de alguna manera, en materia de control gubernamental promoverá sancionar la conducta antijurídica mediante el resarcimiento de los respectivos daños a la víctima por parte de quienes los ocasionaron, de manera bastante similar a la reparación civil en materia penal.

Al respecto, debe tenerse en cuenta, citando al profesor Montoya (2015), que las respuestas estatales (penal y civil) “apuntan a mantener condiciones mínimas de convivencia pacífica, instrumentalizando un sistema de reglas sociales basado en la obligación general de no dañar (o de responder por el daño causado)”. (p. 87)

Sobre el particular, es factible agregar que ambas respuestas pretenden desincentivar conductas dañosas. Esto es evidente en el Derecho Penal, pues la prevención es una de las funciones de la normativa. En el Derecho Civil, no es tan claro o, por lo menos, tan directo. La sanción civil de resarcir el daño a la víctima busca, aparte del interés específico de ésta última, reestablecer el ordenamiento jurídico quebrado y la paz social, fines de interés público que condenan el abuso y la impunidad, así como fortalecen el estado constitucional de derecho.

Los rasgos en común son varios y alguno de ellos citado por el mencionado autor, tal como la imputación formal de responsabilidad:

Así, las disposiciones del Código Civil sobre la necesidad de un vínculo causal entre hecho generador y daño resarcible para fundar la existencia de responsabilidad civil presentan coincidencias con el presupuesto de la clásica tesis de la imputación objetiva en Derecho Penal (con la salvedad de que antes que causal, el sistema penal es valorativo). (Montoya, 2015, p. 88)

Los criterios comunes basados, por lo general, en axiomas constitucionales, no solo sirven para sustentar algunas reglas comunes como en el caso de la indemnización o resarcimiento civil por daños y la reparación civil que se solicita en los procesos penales, sino que confirman la importancia de interrelacionar ambas disciplinas para encontrar las raíces y fundamentos de las soluciones que se pretenden dar a problemas que tienen un origen de carácter transversal, como la indemnización señalada por los informes de control que identifican responsabilidad civil por los daños originados al Estado y que afectan normas e intereses públicos.

En ese orden de ideas, es oportuno revisar las principales teorías sobre el fundamento de los delitos funcionariales: (a) la teoría de la infracción de deber y (b) la teoría del dominio de la vulnerabilidad del bien jurídico, que se exponen a continuación.

a. Teoría de la infracción de deber

Esta teoría tiene dos posturas básicas, planteadas por el profesor Roxin y por el profesor Jakobs, que intentaremos sintetizar relevando los elementos que interesan al presente trabajo de investigación.

El primero sostiene que:

será autor de delitos especiales en sentido complejo quien infringe un deber previo al plano de la norma penal contenido casi siempre en normativa extra penal o infracción del deber y no quien tenga el control del suceso fáctico o dominio del hecho. Por el contrario, será participe de estos delitos todo interviniente que no tenga este deber extra penal, aunque tenga dominio del suceso fáctico. (Roxin 1997, p.338)

El segundo distingue dos tipos de deberes: organizacionales e institucionales. Los organizacionales se basan en el deber de todo ciudadano de no dañar a nadie (deber negativo); en cambio, los institucionales son deberes que nacen del estatus de la persona. Estos últimos los subdivide en: familiares y estatales (deberes positivos). Como ejemplo de aquellos, cita la obligación de la madre de cuidar la salud de su hijo; y, de los

últimos, la obligación del funcionario público de garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública. (como se cita en Montoya, 2015, p. 53)

b. Teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico del resultado lesivo

En esta teoría, sostenida en el ámbito nacional por Montoya (2015), la autoría en los delitos funcionariales se fundamenta “en la posición de garante del sujeto cualificado”, es decir, la proximidad fáctica al bien jurídico protegido, le permite al sujeto tener la capacidad de afectarlo desde la organización estatal. En otras palabras, “es la función del autor frente a la especial situación de vulnerabilidad del bien jurídico, lo que favorece que tenga el dominio.” (p. 54)

No es intención de este trabajo de investigación tomar partido por una u otra postura, a diferencia de la jurisprudencia nacional que se ha decantado más por la teoría de la infracción del deber sostenida por el profesor Roxin. Por el contrario, se pretende, más bien, evaluar los anteriores fundamentos para utilizarlos, de alguna manera, en la explicación del concepto de responsabilidad civil contenido en la Ley N° 27785 y, luego, evaluar la factibilidad de incorporar a los terceros en los informes de control gubernamental como responsables civiles en aquellos casos que hubiesen coadyuvado con los funcionarios públicos en la generación del daño al Estado.

En esa línea, se puede apreciar, en primer lugar, que la posición adoptada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República para definir la responsabilidad civil, se ha nutrido, quizás de manera involuntaria, de ambas teorías.

En efecto, en el caso de los funcionarios o servidores públicos, la antijuridicidad de la conducta se advierte por el incumplimiento de normas administrativas (extrapenales) o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; esto es, el sujeto tenía un deber previamente señalado que estaba obligado a cumplir, sea una norma, un lineamiento, un contrato o, incluso, buenas prácticas debidamente reconocidas (ver

teoría de infracción de deber). De igual modo, la conducta del funcionario público se aprecia también desde la perspectiva de su especial posición de garante, si entendemos que la correcta administración pública es un bien jurídico protegido de carácter vulnerable (ver teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico).

Según la norma de control, en el concepto de responsabilidad civil no interesa quién tenga el control del suceso fáctico o dominio del hecho para dañar al Estado, sino que el sujeto presuntamente responsable haya incumplido un deber previo, extrapenal, en línea con lo expuesto por Roxin y Jakobs. Además, el funcionario público es un garante por su posición desde (dentro de) la entidad estatal, según Montoya, reproduciendo la otra perspectiva sobre la materia.

De acuerdo a este último:

el sujeto que es incorporado al aparato público, y que luego ejerce determinada función pública, posee el dominio sobre una esfera del bien jurídico 'correcto y normal funcionamiento de la administración pública', en tanto que de él depende que los servicios públicos a su cargo sean ejecutados correctamente. En esta línea, cuando un funcionario público decide libremente formar parte de la administración pública y es incorporado, asume el dominio sobre el 'correcto y normal funcionamiento de la administración pública. (Montoya, 2015, p. 58)

Las anteriores posturas que pretenden sustentar la responsabilidad penal en delitos funcionariales, guardan coherencia con la definición señalada por la norma de control respecto a la idoneidad del sujeto. En el caso penal, no cualquier sujeto tiene la idoneidad para ser considerado autor de un delito especial contra la administración pública; en el caso de responsabilidad civil, la normativa de control sostiene que no cualquier persona puede ser considerado civilmente responsable, sino solo los funcionarios o servidores públicos.

Desde el punto de vista de este trabajo, el problema con la citada perspectiva del control gubernamental reside en que ésta considere, en materia de responsabilidad civil, que solo el funcionario público puede tener influencia para lesionar el bien jurídico

protegido (o dañar económicamente al Estado), utilizando una fundamentación más propia del Derecho Penal que del Derecho Civil.

Cabe preguntar, ¿cómo podemos, entonces, obtener algún provecho de estos destacados razonamientos aplicables al Derecho Penal, conciliándolos con el Derecho Civil, para fundamentar la incorporación de los terceros como responsables civiles en los informes de control?

Para dar respuesta a esta interrogante, se debe tener en cuenta algunas ideas básicas del Derecho Civil que guardan concordancia con los términos antes expuestos: (1) El derecho civil de daños parte de un principio constitucional y consustancial al contrato social: el deber (negativo) de toda persona, de no hacer daño a nadie, lo cual es de aplicación también a las personas jurídicas. (2) En materia contractual, puede ser partícipe o interviniente en un resultado lesivo, aquel que infrinja un previo deber extra penal, como en el caso de los funcionarios públicos o, por qué no, de aquellos terceros ligados por una relación contractual que incumplan sus respectivas obligaciones, sean legales, laborales o contractuales. La responsabilidad no está limitada a las personas naturales. (3) La proximidad fáctica al bien jurídico protegido, le otorga al sujeto la posibilidad de tener la capacidad de afectar o dañar a la organización estatal (aunque no es el único factor para que exista una relación causal). En efecto, dicha cercanía suele estar dada por un vínculo laboral (cargo de funcionario o servidor público), mas también puede estar dada por un vínculo legal y contractual (caso de los proveedores del Estado).

La conjunción de estos tres argumentos, en adición a los principios constitucionales que los soportan, permitirá, más adelante, sustentar una de las propuestas de modificación del marco legal vigente, que constituye el objetivo aplicado en este trabajo de investigación.

En lo relacionado a la punibilidad de las conductas reprochables, existen varias teorías en materia de responsabilidad penal que también pueden servir al objeto de este trabajo de investigación. Unas están relacionadas con la posibilidad de comprender a los terceros partícipes (o intervinientes necesarios) en los delitos especiales, como los delitos contra la administración pública. Las otras, están relacionadas con el título de

imputación, es decir, en virtud a qué (título) se le imputa al tercero responsabilidad penal con el autor del delito.

Cabe recordar que dicha referencia al derecho penal siempre es provechosa en la medida que se pueda reconocer las diferencias que separan a dicha disciplina del derecho civil, atendiendo a los principios generales del derecho que nutren a ambas, como el principio de no dañar a otros o aquél que pretende señalar quién es el más indicado para asumir una responsabilidad por un evento dañoso y por qué. La extrapolación de principios generales del derecho penal al civil y viceversa, es innegable y sucede con frecuencia.

Dicho esto, a continuación, se hará una breve síntesis de estas dos teorías en el mencionado orden, atendiendo a que solo si se acepta la posibilidad de comprender a los terceros como partícipes en los delitos especiales, cuya autoría en nuestro sistema penal está especialmente formulada para los funcionarios públicos, se podrá estar en capacidad de analizar el título de imputación respectivo.

Para tal efecto, cabe advertir, una vez más, que la comprensión de los fundamentos de estas teorías ayudarán a explicar los fundamentos de la propuesta materia de este trabajo de investigación aplicada. Ello, a partir de la premisa que las relaciones contractuales entre el Estado y sus proveedores, son relaciones especiales de derecho público y que surten efectos *sui generis*, no siempre iguales a los previstos por el derecho privado en materia de daños ni, por ejemplo, necesariamente iguales a los previstos para la reparación civil en materia procesal penal.

En ese sentido, es propicio mencionar que existen dos teorías relevantes para explicar las consecuencias que deben producirse cuando la conducta del tercero partícipe en un hecho delictuoso no está específicamente detallada en un tipo penal: (i) la tesis de la impunidad; y, (ii) la tesis de la punibilidad. Se explicará cada una de ellas a continuación, según las menciona el profesor Montoya (2015).

- i. La tesis de la impunidad. Para esta teoría, “aplicar las mismas consecuencias de punición al interviniente necesario y al tercero partícipe vulneraría el principio de igualdad, pues no serían casos que merezcan ser tratados de igual

manera". A continuación, sostiene que el Derecho Penal no pretende sancionar la conducta de los terceros partícipes sino solo <sup>23</sup> la conducta del autor "que es de la que parte el peligro y donde se concentra su efecto multiplicador o propagador". (p.65) Esta tesis es criticada por no evaluar debidamente el impacto de la impunidad en las políticas criminales y en la ciudadanía, más aún, atendiendo a la multiplicidad de casos que frecuentemente demuestran la destacada intervención de terceros en los hechos delictuosos y su comprobada peligrosidad, como se ha verificado en casos sonados de macro corrupción, especialmente en el rubro de contrataciones del Estado.

- ii. La tesis de la punibilidad. Para esta teoría, el tercero partícipe siempre puede ser sancionado, para lo cual basta aplicar <sup>12</sup> las reglas de participación de la Parte General del Código Penal. (p. 66)

Esta última corriente es la mayoritaria en nuestros tribunales y promueve la prevención general, pues otorga consecuencias a la conducta de aquellos que, sin ser los autores de los delitos especiales, intervienen en su comisión mediante su aporte. Dicha promoción genera, finalmente, un efecto disuasivo al involucramiento de los terceros en delitos funcionariales y, adicionalmente, otorga a la ciudadanía mayor confianza en su sistema de administración de justicia.

Ahora bien, definida esta cuestión y siguiendo el orden trazado, corresponde apreciar a título de qué responde el tercero partícipe. En materia de Derecho Penal existe una ardua discusión sobre si el denominado "extraneus" (extraño o ajeno) responde <sup>2</sup> en los delitos contra la administración pública como autor de un delito autónomo, ajeno a la situación especial del autor, o, por el contrario, se le considera penalmente responsable cuando participa en el hecho delictivo, sea como coautor o como partícipe.

Dentro de los más destacados exponentes de la primera teoría, <sup>12</sup> está Robles Planas, para quien el extraneus nunca podrá responder penalmente por un delito contra la administración pública, dado que su responsabilidad es autónoma, no es accesoria ni

derivada de la responsabilidad del autor del delito especial (intraneus), cualificado como tal por la ley debido a sus deberes especiales, a su posición de garante o a su dominio sobre el bien jurídico protegido (como se cita en Montoya, 2015, p. 67). Esta teoría afirma, en conclusión, que el extraneus no puede asumir la responsabilidad del autor, lo cual conlleva a su impunidad en el delito especial (sin perjuicio que pueda ser procesado por otro delito común subyacente), por lo cual no ha sido aceptada mayormente pues genera un efecto negativo de política criminal. No siempre hay un delito subyacente y sí habría mucha impunidad.

La segunda postura, denominada teoría de la responsabilidad, plasmada en la Parte General de nuestro Código Penal, no solo ha sido aceptada por nuestros tribunales sino por autores como Roxin, Jakobs y Montoya. Esta teoría afirma que los extraneus que intervienen en un delito especial, sí son penalmente responsables por ese delito. Existen algunas posiciones que, en el fondo, son matices de lo mismo: Una, señala que la responsabilidad de los extraneus es por haber cooperado con el intraneus, aunque no hayan infringido el deber de este último; otra, que es por haber defraudado expectativas ciudadanas acerca de la correcta actuación de los servidores públicos; o, una última, señala que es por haber contribuido “de forma accesoria en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en situación de vulnerabilidad respecto del intraneus” (Montoya, 2015, p. 69)

La Corte Suprema de Justicia, adoptando claramente esta teoría, más allá de sus particulares matices, estableció que el extraneus, aun cuando no puede responder como autor del delito especial, pues no tiene la obligación especial del intraneus, sí puede responder penalmente como partícipe, sea cómplice o inductor. (Corte Suprema de la República. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011)

Respecto a esta última corriente mayoritaria, interesa destacar el reconocimiento a la capacidad del tercero ajeno o extraneus para afectar o lesionar el bien jurídico protegido, así como la solución que da la norma al respecto, más allá que aquél carezca de la condición especial del autor o no tenga la misma posición de garante del funcionario público frente a dicho bien jurídico.

En efecto, el Derecho Penal desarrolla su marco legal para sancionar las conductas de aquellas personas que, por un cargo o una posición especial con el bien jurídico protegido, están en posibilidad de lesionarlo; sin embargo, esto no descarta en lo absoluto que dicho marco legal se extienda, se amplíe, para comprender la actuación de terceros que cooperaron o contribuyeron de forma accesoria con la producción del resultado lesivo, infringiendo sus obligaciones.

La mencionada perspectiva es muy importante para reducir la impunidad en un Estado constitucional de derecho y sirve, además, para fundamentar la responsabilidad civil de los terceros materia de este trabajo de investigación; sin olvidar que, en materia de responsabilidad civil por daños en materia de control, la responsabilidad es solidaria.

Se debe agregar, aprovechando este punto, que en materia de responsabilidad civil los sujetos activos pueden ser no solo personas naturales, sino también personas jurídicas, pues se parte de la lógica que la posibilidad de incurrir en conductas antijurídicas o, meramente, generar un daño a otro, no es patrimonio exclusivo de las personas naturales. Prima la protección a la víctima y el rechazo a la impunidad. Cabe indicar que la tendencia moderna en el Derecho Penal continental, aunque aún incipiente, es incorporar a las empresas como sujetos activos de los ilícitos penales.

Por ejemplo, podemos citar el Código Penal español, el cual dispone que:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por

18  
quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 31 bis, numerales 1 y 2)

Para concluir este punto, cabe realizar una pequeña atinencia procesal y preguntar: ¿A quién o quiénes corresponde accionar el incumplimiento de las obligaciones de aquellos que hubiesen ocasionado daños al Estado? En caso de varios acreedores (por ejemplo, la entidad contratante y la CGR), ¿quién está en mejor capacidad de administrar los riesgos que implica la detección, identificación y procesamiento de la responsabilidad civil en agravio del Estado? ¿En qué casos?

Se ha visto anteriormente que la primera línea de defensa contra la ineficiencia y la corrupción corresponde a la entidad. Ahora bien, ¿qué pasa cuando esa línea es superada o desbordada? En ese caso, esta investigación considera que corresponde 19  
13  
intervenir a la CGR, directamente o a través de sus órganos de control institucional, a fin de cautelar el uso de los bienes y recursos públicos.

Para el desarrollo de sus fines, el ente rector de control está especializado en el desarrollo de auditorías, en acciones y servicios de control que se sujetan a un marco legal preciso y que salvaguarda los derechos auditados. Estas auditorías se realizan de manera profesional, independiente y mediante equipos interdisciplinarios de profesionales especialmente formado para tal efecto. La expectativa de resultados serios es alta. En ese sentido, se puede apreciar que, una vez que han fallado los controles de la primera línea de defensa contra la ineficiencia y la corrupción que corresponden a las entidades, la intervención de la CGR es absolutamente oportuna e, incluso, necesaria, más aun atendiendo a las potestades que la Constitución y las leyes le dan para detectar e identificar los hechos de los funcionarios y servidores de la administración pública que habrían podido perjudicar económicamente al Estado debido al incumplimiento de sus obligaciones.

Como lógica consecuencia, las acciones civiles de daños y perjuicios que eventualmente inicie el Estado para resarcirse de los perjuicios que le pudieran haber sido ocasionados, serán interpuestas por la Procuraduría Pública a cargo de la defensa jurídica de la CGR, especializada en control gubernamental; sin perjuicio que pueda delegarse dicha función en las procuradurías públicas de las entidades, de los gobiernos regionales o de los locales.

## (2) Sujeto pasivo

Respecto a este elemento de la responsabilidad civil, en materia de contrataciones públicas e inejecución de obligaciones, existe una solución pacífica que tiene un sustento teórico y, sobretudo, pragmático: la consideración y relevancia del derecho público en la definición del concepto de Estado y el poder político, sus características, fines y potestades para el ejercicio de sus funciones.

Se explica. Las acciones de control posterior del Sistema Nacional de Control y, en particular, de la CGR, sea que se trate de auditorías de cumplimiento o servicios de control específico por hechos con presunta responsabilidad, son realizadas en todas las instituciones sujetas a control, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen. Estas instituciones son designadas por el ente rector de control con el nombre genérico de Entidades.

La Ley N° 27785 precisa el mencionado ámbito de control y hace, incluso, una relación taxativa de todas las entidades sujetas a control por el sistema, esto es, despliega un abanico que comprende a Gobierno Central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo; sin embargo, vale la pena destacar, también incluye a entidades privadas, entidades no gubernamentales y entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren. (Congreso de la República, 2002, Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, 2002, artículo 3°)

Esta última extensión es significativa pues permite realzar la importancia que el Sistema Nacional de Control le otorga a los recursos y bienes del Estado, al extremo de

someter a control a entidades privadas y otras que los perciban o los administren, no obstante ser ajenas al sector público. Asimismo, permite comprender que la obligación de rendir cuentas (*accountability*) no es exclusiva de los funcionarios públicos.

Ahora bien, observando la parte operativa del manejo de los recursos públicos, se puede verificar que parte importante de la administración de los recursos de las entidades está relacionada con las actividades de abastecimiento, principalmente en lo referente a la adquisición de bienes y servicios, así como en la ejecución de obras públicas. Sobre este punto en particular interesa detenerse por cuanto constituye un ámbito en el cual puede fortalecerse el control gubernamental para optimizar la eficiencia y eficacia de sus resultados; lo cual es parte de la propuesta de este trabajo de investigación.

Como es de conocimiento público, las entidades realizan distintos procesos de selección en los cuales otorgan la buena pro a alguno de los postores que, en virtud de la firma del respectivo contrato o emisión de una orden de servicio, se convierten en contratistas del Estado. Dichos procesos tienen, por regla general, varias fases o etapas: etapa de actos preparatorios, etapa de selección, etapa de contratación y etapa de ejecución. En paralelo, la entidad requiere realizar movimientos presupuestales para la correcta ejecución de los recursos públicos, proceso que también tiene varias fases o etapas: certificación presupuestal, compromiso, devengado y pago.

En los referidos procesos de gestión pública, la entidad asume el rol de contratante, mientras que el proveedor que obtuvo la buena pro, asume el rol de contratista. Ambas partes gozan de una serie de derechos y, en simultáneo, aceptan una serie de obligaciones que están conformadas por el marco legal que protege la contratación pública y por una o más prestaciones que deben ser ejecutadas bajo diversas condiciones pactadas, especialmente relacionadas con su calidad, oportunidad y precio, de acuerdo a lo expresado en la ley y en el contrato respectivo que se sujeta a las bases del proceso de selección que contiene los requerimientos o especificaciones técnicas o los términos de referencia, así como el marco legal que regula el vínculo respectivo.

En el desarrollo de estos procesos, no siempre la ley ni los contratos son cumplidos y ejecutados por los contratistas conforme a lo esperado, por diversas

circunstancias: culpa leve, culpa grave y dolo o por causas no imputables a alguna de las partes, caso fortuito o fuerza mayor. En el presente caso interesan aquellas circunstancias en las cuales se produce una inejecución de las prestaciones o, más propiamente, un incumplimiento legal y contractual que afecta los intereses públicos y de la entidad, que finalmente le ocasionan un daño.

Al respecto, la primera gran duda nace cuando se pretende identificar a la víctima de dicho daño: ¿es la entidad que contrató directamente con el proveedor/contratista? ¿o es, finalmente, el Estado?

Al respecto, resulta oportuno citar una vez más al profesor Ricardo Salazar (2020), quien sostiene, como hemos visto anteriormente en el subtítulo Estado y Funciones del Poder, la existencia de la denominada unidad del Poder, esto es, una fuerza ordenadora única capaz de generar en la sociedad un orden, así como activarlo y mantenerlo a partir de la cesión de una cuota de libertad de cada uno de sus miembros con la finalidad que se puedan desarrollar los valores y metas programáticas de cada grupo social. Este autor agrega que, pese a esta unicidad del Poder, su ejercicio se manifiesta en diferentes formas, de acuerdo a los propósitos específicos que se pretenda alcanzar. (p. 67)

Estas manifestaciones, a las cuales el citado autor llama apropiadamente Funciones del Poder, varían según la forma de organización de cada Estado, de acuerdo a lo que se hubiera plasmado en sus respectivas constituciones políticas, cada una de las cuales recoge el pacto social, político y económico al que han llegado sus ciudadanos. Las principales, como se ha adelantado, son las funciones clásicas: legislativa, jurisdiccional y administrativa, funciones que suelen ser ejercidas por un conjunto de entidades que conforman la estructura del Estado, en todos sus niveles.

Los núcleos centrales de las dos primeras funciones (legislativa y jurisdiccional) son, a *grosso modo*: emitir normas jurídicas con rango de ley y declarar el derecho en el caso de situaciones jurídicas inciertas o controvertidas. Respecto a la tercera función su núcleo es muy amplio e, incluso, goza de un carácter residual a todas las denominadas Funciones del Poder, sin embargo, se centra en un verbo rector que permite distinguirla de las otras funciones: Concretar (ejecutar o hacer realidad). Esta función/acción es ejercida no por una sola entidad sino por un conjunto de entidades y personas naturales,

estatales y no estatales, que actúan bajo el principio de legalidad de acuerdo a formas y procedimientos previamente establecidos.

Para efectos de este trabajo interesa, en este momento, revisar la función de poder denominada función administrativa pues, como veremos, dentro de sus manifestaciones y propósitos, está la contratación pública, a través de los respectivos procedimientos de contratación administrativa, que incluyen la adquisición de bienes, servicios y obras públicas. Estos objetos contractuales, como es lógico, constituyen parte importante del manejo de los bienes y recursos del Estado que debe supervisar el Sistema Nacional de Control en el ejercicio de su función de poder denominada Control Gubernamental.

El mencionado propósito de *concretar*, en términos generales, está referido a la función/acción de realizar las metas programáticas de la sociedad, de acuerdo a los valores que justifican su existencia, conforme lo señala el citado profesor Salazar (2020). Sin embargo, cuando se desea llevar a la práctica este concepto, empiezan las dificultades por la enorme variedad de escenarios que se pueden identificar en la administración pública. (p. 92)

A fin de superar o, por lo menos, reducir la referida dificultad, la doctrina, de manera casi uniforme, ha distinguido cinco categorías de manifestaciones de la función administrativa, cada una de las cuales tiene sus propias formas jurídicas y sus procedimientos. Estas son: (1) Reglamentación, de normas con naturaleza de ley o de otras normas reglamentarias; (2) Emisión de declaraciones, que generan efectos jurídicos individuales; (3) Emisión de decisiones y acciones de organización interna; (4) Contratación; y, (5) Ejecución. (Salazar, 2020, pp. 94-97)

Las citadas manifestaciones de la función administrativa son llevadas a cabo, por lo general, por personas que forman parte de órganos (de dirección, de línea, de asesoramiento, de apoyo o de control), los cuales, a su vez, conforman organismos de la administración pública, con personería jurídica y autonomía. Solo excepcionalmente se realizan por personas que no pertenecen al sector estatal, pero a quienes se les ha otorgado, con las formas de ley, la facultad de ejercer funciones administrativas específicas por necesidades del servicio público. Sin embargo, todos ellos actúan

siguiendo principios, sistemas y reglas uniformes que le brindan un carácter unitario a la administración pública.

Los mencionados organismos son las partes más visibles del ejercicio de la función administrativa, cada uno de los cuales tiene una posición orgánica en la estructura del Estado y, además, cumple un rol particular de acuerdo a las atribuciones que le han sido otorgadas, bajo ciertos criterios como territorio, especialidad, tiempo, grado o cuantía. El ejercicio de estas atribuciones o, mejor dicho, la capacidad potencial de ejercer estas atribuciones, que constituyen una parte o cuota del poder de la administración pública, es lo que configura y enmarca la autonomía de cada entidad; autonomía no solo política o administrativa, sino, también, económica. (Salazar, 2020, pp. 111-112)

En virtud de esta autonomía, las entidades son las responsables de concretar las diferentes manifestaciones de la función administrativa antes referidas, dentro de las cuales se destaca, para efectos de este trabajo, la denominada capacidad de contratación y la de control interno, regulada por una serie de normas y procedimientos especializados de naturaleza administrativa y sujetas a la Constitución Política.

Por la anterior consideración, se puede afirmar que, en un primer momento, las entidades que en el ejercicio de sus atribuciones y competencias resultan siendo víctimas de un daño por incumplimiento de las obligaciones de sus funcionarios o de terceros con las cuales hubiese contratado, son las primeras encargadas de adoptar las medidas o acciones legales para lograr su resarcimiento en el ejercicio de sus funciones administrativas como titulares del derecho lesionado.

En efecto, se puede considerar que la víctima del daño ocasionado por un incumplimiento contractual, es la entidad que realizó el proceso de selección que suscribió el contrato respectivo, que estaba constituida como acreedora de los bienes, servicios u obras que debía entregar el contratista. Además, es la entidad quien certifica el presupuesto para el gasto respectivo, lo compromete, devenga y, finalmente, paga. Bajo esta perspectiva, la entidad es la titular del derecho a exigir las contraprestaciones no ejecutadas o indebidamente ejecutadas. La defensa suele estar a cargo del Procurador Público del correspondiente pliego, gobierno regional o gobierno local; y,

además, cualquier controversia, según el marco legal vigente, debe ser sometida a un tribunal arbitral, conforme a las respectivas cláusulas arbitrales que deben ser incorporados en las contrataciones del Estado, según la ley de la materia.

Así se ha venido haciendo de una manera pragmática y, por qué no, con el sustento teórico que brindan las teorías de las funciones de poder. Sin embargo, esta solución, acorde a la gestión presupuestal y operativa de las entidades del Estado, es parcial y no es suficientemente satisfactoria para cautelar los intereses del Estado respecto al cumplimiento de la ley y al uso de sus recursos públicos en los procesos de selección que realicen las entidades que lo conforman, como tampoco resulta suficiente ni pertinente para controlar y fiscalizar su uso o administración en última instancia.

Un ejemplo nos puede ayudar a comprender esta disquisición.

Un contratista C ejecuta indebidamente la construcción de una carretera, colocando una carpeta asfáltica de solo cinco centímetros de espesor cuando, según el expediente técnico de la obra, debía tener diez centímetros de espesor. El Residente R de la obra no cuestiona los trabajos respectivos y los funcionarios que integran el Comité de Recepción de la Entidad E dan su conformidad, sin observación alguna. Como lógica consecuencia, el Contratista C cobra a la Entidad E el 100% del valor de la obra, sin atingencia alguna. Dos años después, el respectivo proceso de selección es auditado por la Contraloría General de la República y los auditores gubernamentales observan las deficiencias incurridas en la ejecución de la obra. En el correspondiente informe de control concluyen que la prestación no se ejecutó cabalmente, infringiendo la Contratista C los términos del contrato al cual estaba obligada, generando un daño valorizado en diez millones de soles. Asimismo, concluyen que el Residente R de la obra y los funcionarios que integraban el Comité de Recepción, incumplieron sus respectivas obligaciones funcionariales. Al final del día, el Estado no recibe la obra que una de sus entidades había presupuestado, contratado y pagado, sino una obra de mucha menor calidad. Los ciudadanos, para quienes estaba destinada la obra pública, tampoco reciben la carretera que esperaban pues, en pocos meses, comienza a evidenciarse un rápido deterioro de la vía.

En el mencionado caso, es muy probable que un informe de control de la Contraloría General de la República hubiese recomendado el deslinde de responsabilidades administrativas por el incumplimiento funcional y el inicio de las acciones civiles contra el Residente R de la obra y los funcionarios que integraron el Comité de Recepción de la Entidad E por los daños antijurídicos ocasionados al Estado por culpa grave.

En este último supuesto, ¿sería factible cuestionar la recomendación del ente rector de control? ¿Podrían alegar los funcionarios públicos que la Contraloría General de la República no es competente para iniciar acciones legales en su contra? ¿Podrían alegar que el incumplimiento de sus obligaciones funcionariales solo puede ser identificado por la Entidad E para la cual trabajan y mantienen un vínculo laboral? ¿Podrían cuestionar que la respectiva demanda de daños y perjuicios sea presentada por el Procurador Público de la entidad y no por el Procurador Público a cargo de la defensa jurídica de la Contraloría General de la República?

La respuesta a todas estas interrogantes es un no rotundo. El fundamento de la actuación de la Contraloría General de la República es su potestad contralora de derecho público, su potestad de fiscalizar el uso de los recursos del Estado, comprendiendo en este concepto a todos los órganos o entidades o entidades que lo componen. En términos de la teoría de la división de poderes y, en particular, de la teoría de las funciones del poder formulada por el maestro Salazar (2020), la citada institución contralora no interviene en el ejercicio de una función administrativa, sino que interviene, esencialmente, en el ejercicio de su función de control gubernamental. (pp. 85-86). En términos procesales, está plenamente legitimada para actuar.

Al respecto, podemos enumerar cada uno de los dispositivos legales que de manera expresa resuelven las citadas interrogantes, pero resulta innecesario en este momento. Lo relevante es destacar la potestad y legitimidad del ente rector en materia de control para cautelar el cumplimiento de la ley y el uso de los recursos del Estado; no los recursos de una u otra entidad pública en particular.

En el citado ejemplo, la Contraloría General de la República no realizó el proceso de selección; no suscribió el contrato respectivo; no era acreedora de la obra que debía

entregar el contratista; no certificó el presupuesto para el gasto respectivo, ni lo comprometió, devengó ni pagó. En suma, no ejercitó ninguna de las funciones de poder asignadas a la entidad, ninguna de sus funciones administrativas. No obstante, tenía la autonomía, independencia, capacidad y legitimidad para intervenir en dicho proceso.

La mencionada intervención de la CGR no fue de manera horizontal o en sustitución de la entidad primariamente afectada, no actuó por delegación ni subrogándose administrativamente en el contrato suscrito por la Entidad. La CGR actuó en el ejercicio de su potestad de control, esto es, desde un plano superior, diferente, quizás complementario, pero de acuerdo a facultades constitucionalmente otorgadas, evaluando el cumplimiento de las obligaciones legales y de aquellas pactadas en el contrato que previamente había suscrito la Entidad E con el Contratista C, en el ejemplo antes formulado.

En este orden de ideas, la Contraloría General de la República tiene legitimidad para reclamar el resarcimiento de los daños ocasionados al Estado, con la única limitación que estos sean identificados en el ejercicio del control gubernamental, no hayan sido accionados (judicializados) por la entidad primigeniamente afectada y, además, que los efectos dañosos se demuestren a partir del incumplimiento de la norma y del contrato celebrado entre la entidad y el contratista; o, cuando se trate de funcionarios y servidores públicos, a partir del incumplimiento de las obligaciones funcionariales de estos últimos.

En la antes mencionada situación, la acción civil respectiva corresponde al Procurador Público a cargo de la defensa jurídica del ente rector de control. Cabe destacar que, en el ejercicio de sus potestades de derecho público, a la CGR no se le pueden oponer las relaciones horizontales de trabajo o generadas por el vínculo laboral entre los funcionarios públicos y la entidad, ni se le pueden oponer las relaciones jurídicas personales entre la entidad y el contratista, como podría ser el cumplimiento de una cláusula arbitral. En lo absoluto.

Como un ejemplo de esto último, la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal se ha pronunciado al respecto en la Casación N° 04650-2012 de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la Justicia de la República de fecha 13 de noviembre de 2013 (Exp.

04650-2021-0-5001-SU-CI-01), con relación al pretendido sometimiento de la controversia civil instaurada por la CGR a un tribunal arbitral -en cumplimiento de la cláusula arbitral- en lugar del sometimiento del proceso al órgano jurisdiccional común.

Para ratificar este razonamiento, el presente trabajo de investigación citará resumidamente un caso real seguido por la CGR que nos ayudará a comprender las anteriores consideraciones. La Procuraduría Pública lo denominó Caso Electrowatt, que sintetizaremos a continuación.

Caso de estudio: CGR - Electrowatt (Informe Especial N° 204-2006-CG/OEA)

Hace una década, la CGR demandó a un consorcio supervisor y a varios funcionarios públicos, ante el 12° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, a fin que le abonen una indemnización ascendente a de 33 millones de soles, por los daños y perjuicios irrogados al Estado (INADE) por deficiencias en la supervisión de la colocación de una geo membrana en una obra contratada por el Proyecto Especial de Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna – PET. Cabe indicarse que en dicha demanda no se incluyó a la contratista de la obra.

De acuerdo al Informe Especial N° 204-2006-CG/OEA de la CGR, que se adjuntó a la demanda, se habían incumplido las especificaciones técnicas y el artículo 118 del reglamento de la Ley N° 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como lo dispuesto en el contrato por servicio de supervisión de obra.

El consorcio demandado interpuso una excepción de convenio arbitral, entre otras. Como fundamento principal sostenía que al encontrarse sometidos la supervisora y la entidad a un contrato de supervisión en el cual se había pactado que cualquier conflicto que se suscite debía ser derivado a la vía arbitral, la controversia no podía ser dilucidada por el fuero jurisdiccional y, además, que la CGR carecía de legitimidad para obrar.

Mediante auto de primera instancia, el juzgador declaró infundadas todas las excepciones deducidas por el consorcio demandado. Dicho auto fue apelado y, en segunda instancia, la Cuarta Sala de la Corte Superior de Lima, revocando el auto impugnado declaró fundada la excepción de convenio arbitral. Contra dicha resolución la

22  
CGR interpuso recurso de casación, el cual fue, finalmente, declarado fundado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, la cual confirmó la resolución apelada que declaraba infundada la excepción de convenio arbitral.

Nuestro Máximo Tribunal consideró, primero, que la CGR no era parte del contrato de supervisión de obra, por lo cual no estaba sujeta a la pactada cláusula de convenio arbitral; y, segundo,

que la actuación de la CGR se sustenta en el artículo 82 de la Constitución Política del Estado, que le reconoce autonomía y competencia para efectuar acciones de control y supervisión de 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. Es decir, la demanda indemnizatoria postulada por la Contraloría no se sustenta en una controversia o reclamo surgida en la ejecución y/o interpretación del contrato, sino en una acción de control que derivada (sic) de la facultad que le concede nuestra Constitución Política del Estado, al haber detectado la existencia de un daño económico en perjuicio del Estado. (Casación N° 04650-2012 de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la Justicia de la República, 2013)

Como se puede apreciar del criterio jurisprudencial en el mencionado caso, la actuación del ente rector de control en la defensa de los intereses del Estado y en la cautela del uso de los recursos públicos está, pues, sustentado en el derecho público, en la potestad del ejercicio del control gubernamental otorgado por nuestra Constitución Política y, como hemos adelantado, de acuerdo a la denominada teoría del órgano. La intervención de la CGR en las contrataciones públicas se realiza, pues, desde un nivel superior y para el cumplimiento de objetivos diferentes. No actúa, por ende, en reemplazo ni sustitución de las entidades públicas a las cuales fiscaliza. No actúa tampoco por delegación ni en virtud de una subrogación, más sí en salvaguarda de los intereses públicos comprometidos.

En consecuencia, se puede concluir que los derechos emanados de las relaciones jurídicas de carácter contractual o funcional, son legítimamente ejercidos por las entidades públicas, pero actuando como organismos del Estado en el ejercicio de sus funciones administrativas, como sucede regularmente, pues son la primera línea de

defensa contra la corrupción y la ineficiencia, responsables -prima facie- de evaluar el cabal cumplimiento de los contratos y adoptar las medidas necesarias para mitigar los riesgos respectivos o solucionar las deficiencias advertidas.

Sin embargo, la jurisprudencia mencionada nos permite apreciar que <sup>2</sup> la entidades públicas contratantes carecen de la potestad que constitucionalmente es otorgada por nuestra Constitución Política y demás leyes especiales <sup>34</sup> al Sistema Nacional de Control y, <sup>52</sup> en particular, a la CGR, esto es, cautelar, en última instancia, el cumplimiento de la ley y el buen uso de los recursos públicos mediante el ejercicio de la función de control gubernamental, más aún en aquellos casos en los cuales los funcionarios públicos no han cumplido el rol que se les ha encomendado.

Esta visión permite conciliar las posiciones teórico doctrinarias con las soluciones pragmáticas. En esa línea de pensamiento, cuando se está frente al ejercicio de la potestad fiscalizadora por parte de la Contraloría General de la República a cualquiera <sup>42</sup> de las entidades sujetas al ámbito del control gubernamental, se debe reconocer la <sup>4</sup> primacía de la entidad fiscalizadora superior en la materia. Todo ello dentro del marco de sus facultades y atribuciones, como ente rector y constitucionalmente autónomo, para cautelar los intereses públicos comprometidos, así como el uso de los bienes y recursos del Estado, al cual podemos considerar la víctima final del daño determinado <sup>1</sup> en los informes de control que identifican responsabilidad civil.

Esta conclusión es importante porque permitirá, bajo igual razón y el mismo derecho, sustentar la propuesta legislativa de este trabajo de investigación para comprender también como civilmente responsables a los terceros que ocasionen daños al Estado, individualmente o coadyuvando con <sup>2</sup> los funcionarios y servidores públicos en dicho resultado, sin <sup>3</sup> que estos terceros puedan oponer excepciones arbitrales en los procesos judiciales que se inicien en virtud a <sup>3</sup> las recomendaciones de los informes de control que identifiquen responsabilidad civil en el marco del control gubernamental.

### 2.8.2 Antijuridicidad

En el Perú Taboada, L. (2011) sostiene que una conducta es antijurídica:

no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Por ello, en materia de conductas humanas que puedan causar daños, se debe distinguir la atipicidad de las mismas en materia extracontractual, de la tipicidad en materia contractual” (pp. 27-28).

En el caso del ámbito contractual, la ilicitud (antijuridicidad) puede encontrarse “tipificada” en el respectivo contrato, según Espinoza.

<sup>4</sup> Nuestra jurisprudencia tiene una posición similar a la anteriormente expuesta. Así, la Corte Suprema de la República considera lo siguiente:

<sup>15</sup> Al respecto, uno de los principales elementos, es el de la antijuridicidad de la conducta, la cual consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico. <sup>4</sup> (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, 2016. Casación 3168-2015. Magistrada ponente: Tello Gilardi)

El jurista italiano Máximo Franzoni considera que:

<sup>4</sup> la injusticia (del daño) no se identifica más con la lesión de un derecho subjetivo, sino implica un juicio de relación sobre la base del cual se establece si el interés lesionado es merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico. Cuando el

interés lesionado está ya protegido, en la forma de derecho subjetivo, tal juicio ya ha sido efectuado por el legislador, por tanto, el juez está exonerado. Viceversa, cuando el interés es relevante, aunque no sea objeto de un derecho, el juicio debe ser efectuado por el intérprete, el cual deberá tener en cuenta las recíprocas posiciones en conflicto. (como se cita en Espinoza, 2013, p. 105)

Según el jurista Díez-Picazo, la noción o concepto de ilícito o injusto ha sido sometida a severos cuestionamientos, básicamente en pro de una teoría o derecho de daños más preocupado por el resarcimiento a la víctima que por la discusión de posiciones teóricas y dogmáticas. Así, sostiene este autor que:

el injusto no puede sin más excluirse, aunque sea discutible si el injusto ha de ser el hecho inicial o el resultado final del daño. Y ello en atención a que los daños justamente causados no se indemnizan, aunque la acción sea punible, no se indemniza si ocurre una causa de justificación. Tampoco se indemniza si uno actúa en el ejercicio de su derecho, porque el que usa de su derecho no lesiona.

Al respecto, agrega dicho autor español que, “la jurisprudencia ha tenido que admitir que existe obligación de resarcimiento, aun cuando el acto fuera inicialmente justo y aunque se ejercitara un derecho, si el derecho se extralimitó o se ejerció abusivamente.” (p. 735)

De manera parecida al concepto de antijuridicidad que se utiliza en materia penal, en materia civil indemnizatoria, el sujeto activo debe haber infringido la norma que, para el caso, es aquella que determina sus obligaciones funcionariales o sus obligaciones contractuales. Cuando se menciona el término de norma en el ámbito civil, se hace referencia a cualquier disposición de carácter general, documento de gestión, directivas internas, contratos, términos de referencia u otros que, de una forma u otra, precisen las obligaciones funcionariales o contractuales del sujeto activo, aquellas cuyo incumplimiento puede describirse como una acción u omisión antijurídica.

La situación antes mencionada es muy clara en materia de responsabilidad civil de naturaleza contractual. Algo diferente se produce en la responsabilidad extracontractual, pues esta se basa, principalmente, en el principio u obligación de no

hacer daño a otros, aunque, finalmente, no se puede dejar de reconocer que también esta última obligación está recogida por normas generales que la regulan y que habrían sido infringidas.

Ahora bien, cabe preguntar, ¿a quién corresponde definir el incumplimiento de las obligaciones del funcionario o servidor público?

A nivel administrativo funcional, la respuesta se encuentra, en primer lugar, en las normas generales que regulan el accionar de los funcionarios y servidores públicos, tales como la Ley N° 27185 que aprueba el Código de Ética de la Función Pública, la Ley del Servicio Civil, la Ley de Procedimiento Administrativo General y una multiplicidad de normas que regulan el ejercicio de las actividades funcionariales de los servidores públicos, cuya infracción es investigada, procesada y sancionada, cuando corresponda, de acuerdo al procedimiento administrativo disciplinario (PAD) seguido ante los Órganos Instructores y Sancionadores del Procedimiento Administrativo Disciplinario.

En segundo lugar, en el caso de infracciones administrativas graves o muy graves identificadas en informes de control, corresponde que el presunto incumplimiento funcional sea determinado en el denominado Procedimiento Administrativo Sancionar (PAS) seguido ante el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas e instancias inferiores prescritas por la Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, 2002, modificada por la Ley N° 29622 y otras posteriores. Los tipos infractores también están definidos por ley, sin embargo, como sucede en el amplio ámbito administrativo, estos deben ser concordados con todo el bagaje normativo que regula de manera específica la actuación de los funcionarios y servidores públicos.

La antijuridicidad implica necesariamente la infracción de alguna de las normas que regulan la actuación funcional de los funcionarios y servidores públicos, cuando estos son los sujetos activos del daño al Estado por incumplimiento de sus obligaciones. En el caso de personas que han sido contratadas como locadores de servicios a favor del Estado, la antijuridicidad recae, en esencia, en el incumplimiento de lo pactado. En ambos casos, en el ámbito civil, a diferencia del ámbito administrativo disciplinario, la

definición y valorización del incumplimiento de las obligaciones del funcionario o servidor público, le corresponde únicamente al órgano jurisdiccional.

Al respecto, cabe preguntar, ¿para determinar la responsabilidad civil, es acaso necesario que el citado incumplimiento de las normas que regulan la actuación funcional de los funcionarios o servidores públicos que generan daños al Estado sea previamente determinado por los órganos instructores y sancionadores del PAD o del PAS? La respuesta es no.

En primer término, porque la ley no considera como requisito de procedibilidad contar con un pronunciamiento administrativo antes de iniciar un proceso civil por daños y perjuicios contra un funcionario o servidor público por el incumplimiento de sus obligaciones que hubiese irrogado daños al Estado. En segundo término, porque el fuero jurisdiccional tiene prevalencia sobre el fuero administrativo. Prueba de ello es que todas las resoluciones finales dictadas en un procedimiento administrativo sancionador pueden ser discutidas, finalmente, en un proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial. En tercer término, el principio de la autonomía de las responsabilidades determina que lo resuelto en vía administrativa no condiciona el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, aunque a la inversa sí debe ser tomado en cuenta lo resuelto por este último para determinar eventuales responsabilidades administrativas. Por último, los plazos de prescripción son diferentes en ambos ámbitos. En efecto, en materia administrativa, por lo general, el plazo de prescripción de la acción respectiva es de tres años. Empero, en el caso de la responsabilidad civil antes mencionada, el plazo de prescripción es de diez años, conforme lo dispone la Ley N° 27785.

En el ámbito civil, dicha definición y valoración le compete única y exclusivamente al juzgador, al órgano jurisdiccional. La aceptación de esta conclusión coadyuvará también a sentar las bases para generar una propuesta de incorporar como civilmente responsables de los daños al Estado identificados en los informes de control, a terceras personas -en particular empresas contratistas del Estado- que hubiesen coadyuvado con los funcionarios y servidores públicos en causar los efectos dañosos al erario público, pues en esos casos sería inadmisibles esperar un previo pronunciamiento de la autoridad administrativa de la entidad contratante.

Unas reflexiones especiales merecen aquellos casos en los cuales los funcionarios, actuando de manera dolosa o culposa, celebran adendas y otorgan a los contratistas beneficios que no estuvieron inicialmente acordados y que carecen de legitimidad o son notoriamente ilegales. Un ejemplo de ello anterior puede ser una ampliación de plazo por lluvias (inexistentes) y que le permiten al contratista no pagar penalidades por las demoras en que estaba incurriendo para entregar la obra oportunamente.

Al respecto, de manera frecuente, las acciones de control de la CGR sobre la etapa de ejecución de los contratos de obra, demuestran, con prueba fehaciente, que las alegadas causales eran inexistentes. Así, en el ejemplo antes mencionado se acredita que en el período en cuestión no llovió en lo absoluto en la zona donde se debían hacer los respectivos trabajos, presuntamente suspendidos por razones climatológicas. Como es lógico, los funcionarios no actuaron diligentemente y aprobaron la ampliación sin mayor exigencia probatoria, pese a que no correspondía. Todo lo contrario, debían aplicar una penalidad, mas no lo hicieron.

En los mencionados supuestos, la antijuridicidad emana de la estricta <sup>7</sup> subsunción de los hechos a la norma sobre la materia. Las modificaciones del contrato realizadas al margen de la ley, no deben otorgar derechos a los contratistas, como tampoco las actuaciones irregulares de los funcionarios que intervinieron con dolo o culpa. Por tanto, los actos de estos últimos no necesariamente deben otorgar juridicidad a lo actuado cuando han procedido en contra de lo dispuesto por la norma, aunque tengan visos de adendas formales o acuerdos contractuales, pues deben prevalecer los intereses públicos comprometidos.

### 2.8.3 Relación causal

<sup>7</sup> Uno de los elementos básicos de la responsabilidad civil es la relación causal. De acuerdo a la doctrina, consiste en aquella <sup>64</sup> relación directa, inmediata y suficiente o adecuada (según las diversas teorías), entre la acción u omisión de una persona y el daño ocasionado a otra.

A diferencia de la doctrina, la Ley N° 27785 define a aquella, de modo restrictivo, como:

la vinculación de causa *adecuada* al efecto entre la conducta activa u omisiva que importe un incumplimiento de las funciones y obligaciones *por parte del funcionario o servidor público* y el efecto dañoso irrogado o la configuración del hecho previsto como sancionable. (Congreso de la República, 2002, Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República).

Como se puede apreciar, en la definición de la responsabilidad civil en materia de control gubernamental y en la conceptualización de la relación causal, la norma de control releva algunos puntos interesantes:

Primero, se limita a fijar como sujetos activos del daño al Estado a los funcionarios y servidores públicos. Segundo, exige como elemento de dicha responsabilidad, una vinculación adecuada entre la conducta de los citados sujetos activos y el efecto producido (teoría de la causa adecuada). Tercero, omite mencionar que la relación debe ser directa e inmediata.

Respecto al primer punto, debe precisarse que este tema ya ha sido analizado en el subtítulo referido al elemento de la responsabilidad civil denominado Sujeto Activo, por lo cual resultan innecesarios mayores comentarios.

Con relación al segundo punto, esto es, a la causa adecuada exigida por la norma de control, es necesario precisar que la respectiva teoría entiende como causa de un evento aquella conducta que según un juicio ex ante, resulte adecuada para determinar los efectos de la conducta dañosa. Para Sinascalco, quien sintetiza esta teoría, “no es causa cada condición del evento sino solo la condición que sea adecuada, idónea para determinarlo.” (como se cita en Espinoza, 2013, p. 215)

De acuerdo al profesor Taboada, L. (2003, p. 85):

para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos: un factor in concreto y un factor in abstracto. El

factor *in concreto* debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor. Sin embargo, no basta la existencia de este factor, pues es necesaria la concurrencia del factor *in abstracto* para que exista una relación de causalidad adecuada. Este segundo factor debe entenderse en los términos siguientes: La conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor *in concreto*. Es pues necesaria la concurrencia de ambos factores para que se configure una relación de causalidad adecuada (como se cita en Chang, 2021)

<sup>4</sup> La Corte Suprema de la República se ha pronunciado respecto al nexo causal en un proceso de indemnización por daños y perjuicios. Glosamos los considerandos pertinentes:

“QUINTO. - Que, la figura del nexo causal, aparece en la relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa - efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño; cuáles hechos ocasionaron el daño que produce finalmente el detrimento, esto es, el daño susceptible de ser indemnizado, el cual merecerá ser reparado.

SEXTO. - Que, este Colegiado Supremo advierte que para los efectos de ampararse la demanda de Indemnización por Daños y Perjuicios, debe determinarse indubitablemente si existe la figura jurídica del nexo causal, circunstancia que no ha sido objeto de análisis por parte de las instancias de mérito, resultando necesario que determinen si media una relación de causalidad entre el incumplimiento o el hecho dañoso por una parte y el daño o perjuicio por otra.” <sup>40</sup> (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República Casación, 2016, Casación N° 3470-2015 Lima Norte. Magistrado ponente: Mendoza Ramírez)

En referencia a la relación directa e inmediata <sup>3</sup> entre la conducta del agente y el daño producido (que la norma de control no ha recogido), cabe preguntar, ¿son inexigibles para determinar la relación causal en el régimen especial de control gubernamental?

Antes de emitir un pronunciamiento, es conveniente definir el alcance de cada uno de estos términos a fin de evaluar su pertinencia o necesidad en la definición conceptual utilizada por <sup>21</sup> el Sistema Nacional de Control.

Se entiende por relación directa a la vinculación directa, necesaria, entre la causa y el daño, considerando a todas las otras condiciones involucradas en el evento dañoso como indirectas, con la presunta finalidad de evitar un análisis hasta el infinito de las causas probables. El riesgo es que se puede llegar a desconocer causas relevantes que, pese a no haber sido próximas, sí determinaron el resultado dañoso.

El maestro Alderini (1996) agrega que “se entiende por consecuencia inmediata a los daños conocidos o conocibles por el deudor en razón de integrar la trama contractual, sea porque así se lo ha pactado, sea porque se trata de una derivación de la regla de buena fe” (p. 157).

Respecto a esta relación inmediata referida por el citado maestro argentino, las posiciones doctrinarias no son tan pacíficas en nuestro país, pues existe un alto grado de subjetividad en el término.

En efecto, según la doctrina mayoritaria, representada por el jurista nacional Espinoza (2013), debemos entender que la inmediatez exigida <sup>22</sup> por el artículo pertinente del Código Civil va de la mano con la teoría de la causalidad próxima en lo referente a una vinculación temporal próxima entre la conducta causante del evento dañoso y este último, acorde a una rápida lectura <sup>7</sup> del artículo 1321 del Código Civil. Respecto a esta teoría, dicho autor sostiene que genera un manto de protección respecto a aquellas personas que están detrás del sujeto activo inmediato.

En ese sentido, una lectura rápida <sup>7</sup> del artículo 1321 del Código Civil peruano podría llevarnos a entender que en nuestro país se ha adoptado la teoría de la causa próxima; sin embargo, Espinoza (2013) considera que es más sencillo extrapolar la

causa adecuada que expresamente se usa en materia extracontractual en el artículo 1985 del mismo Cuerpo de Leyes. Agrega que:

no existiría inconveniente para emplear también, en el ámbito la responsabilidad por inejecución de las obligaciones, la teoría de la causalidad adecuada (como elemento constitutivo de la responsabilidad civil). Esto en atención a que el artículo 1321 del Código Civil se refiere al quantum indemnizatorio (causalidad jurídica), mientras que el artículo 1985 del Código Civil a la causalidad como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad civil (causalidad de hecho). (p. 216)

En consecuencia, si se hace una revisión e interpretación sistemática de nuestro ordenamiento, se puede apreciar que solo en materia extracontractual la posición del legislador es absolutamente clara. En ella se hace expresa referencia a la causalidad adecuada. En todo caso, la decisión está en manos del juzgador en cada caso concreto.

En cuanto a la norma de control, mediante una interpretación literal, apreciaremos que no se exige la causa directa e inmediata para definir la relación que debe existir entre la conducta del sujeto activo causante del daño y el resultado o efecto propiamente dicho. Todo lo contrario. La definición del nexo causal hace referencia expresa a la causa adecuada, plegándose a dicha teoría que, por cierto, es la más aceptada.

En el caso de los funcionarios y servidores públicos, como se ha adelantado al tratar sobre la antijuridicidad de sus conductas, cabe recordar que la norma sanciona el incumplimiento de sus obligaciones funcionariales, destacando el principio de individualidad o personalización de las faltas, en virtud del cual el administrado responde por sus actos, no por los actos de otros. Por ello, en derecho administrativo, a diferencia del derecho penal, no existen los cómplices ni los autores mediatos. Ergo, la antijuridicidad guarda armonía con la relación causal en la medida en que la conducta del infractor y causante del daño, esté relacionada con el efecto causado. La conducta debe ser idónea (normal) para causar el evento dañoso, lo cual debe ser explicado con una visión ex ante.

En materia de inejecución de obligaciones la solución es más simple que en materia extracontractual, quizás porque en la primera la causa está relacionada con

obligaciones más predefinidas (legales, laborales o contractuales), mientras que en la segunda las opciones son múltiples. La norma peruana en materia de responsabilidad extracontractual ha preferido señalar expresamente que <sup>31</sup> la relación de causalidad entre la conducta y el evento dañoso debe ser adecuada; no directa, próxima ni necesaria.

Ahora bien, es oportuna una disquisición al respecto. Si se considera que el rol del Estado y aquello que lo define es prestar servicios a la ciudadanía, con la mejor calidad, oportunidad y precio, ¿qué sucede cuando debido al incumplimiento de sus obligaciones, un funcionario o servidor público le genera daños al Estado y le impide desarrollar sus fines, su esencial rol prestacional?

En el caso hipotético de la carretera que entregó el contratista con un espesor de asfalto mucho menor al que debía brindar de acuerdo al expediente técnico de obra (ejercicio hipotético utilizado anteriormente en este trabajo), ¿se puede considerar que el daño directo es solo el valor del asfalto no instalado?, ¿o, más bien, se debe considerar que estamos ante una ejecución defectuosa de una obligación de hacer que, además, impide al Estado cumplir su rol ante los ciudadanos y, por ende, afecta su razón de ser, su prestigio y reputación?

¿El primer caso es daño directo y el segundo indirecto?, ¿o, más bien, se está ante dos daños directos, uno primario fácilmente cuantificable y otro secundario, más difícil de cuantificar, pero daño directo, al fin y al cabo?

La respuesta excede los fines de este trabajo de investigación, pero queda <sup>54</sup> pendiente por la relevancia que una nueva perspectiva sobre el tema podría brindar a la lucha contra la corrupción y la ineficiencia en las contrataciones públicas. Solo queda ratificar que la actual redacción normativa no exige, en materia de control gubernamental, que el daño sea directo.

Respecto a la inmediatez exigida por nuestro Código Sustantivo, solo cabe indicar que, para reducir el subjetivismo, se debe recurrir <sup>10</sup> a los principios de proporcionalidad y razonabilidad a fin de evitar la impunidad de ciertas conductas identificadas en los informes de control que generan daños al Estado y que corresponde sean resarcidos;

eso sí, con prudencia, para darle legitimidad a las medidas que se adopten sobre el particular.

Expuestos estos puntos, resulta importante enfatizar que la relación de causalidad importa el incumplimiento de las obligaciones del sujeto activo. En caso del funcionario o servidor público, estas suelen estar precisadas en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la entidad donde laboran, así como otros documentos de gestión como el Cuadro de Puestos, el Manual de Procesos (MAPRO), los términos de referencia o en los respectivos contratos, sea que se trate de trabajadores en planillas, con contrato administrativo de servicios o locadores de servicios.

Más allá del referido incumplimiento, que se ha mencionado en el punto precedente sobre el elemento de antijuridicidad, debe destacarse la importancia o, más bien, necesidad de acreditar que los hechos en los cuales participa el sujeto activo (sea por acción u omisión) sean los causantes del daño, de manera determinante o meramente contributiva.

En el caso de los funcionarios y servidores públicos, no basta, pues, que estos hayan infringido alguna norma. Esto podría generar, eventualmente, una responsabilidad administrativa. Para que se configure la responsabilidad civil -de acuerdo a la norma que regula la función de control gubernamental ejercida por el Sistema Nacional de Control-, es imprescindible la configuración del elemento denominado causa adecuada, esto es, que las acciones u omisiones dolosas o culposas del sujeto hayan generado o causado de manera adecuada el daño al Estado, el efecto dañoso.

Llegado a este punto, se debe mencionar que para afirmar la existencia de una relación causal es necesario analizar cómo se materializó la acción u omisión del agente o sujeto activo, esto es, precisar los hechos en que participó en la ejecución de sus prestaciones obligacionales, ya sea que éstas últimas estuviesen establecidas por normas generales, normas internas o, incluso, por relaciones contractuales. Asimismo, es preciso analizar la relación unívoca de estos hechos con los efectos producidos por la conducta del sujeto en la perpetración del daño al Estado, esto es, su relación con los efectos dañosos.

Al respecto, cabe mencionar la definición de la Causa en el Manual de Auditoría de Cumplimiento de la CGR (aplicable, por cierto, a todo tipo de desviaciones y responsabilidades):

Es la razón o motivo que dio lugar al hecho o situación deficiente detectada. Puede identificarse una o más causas como consecuencia del método de cuestionamiento secuencial aplicado; estas se pueden clasificar en las siguientes tipologías:

Causa Probable: Aquella que se vincula directamente con el hecho o la situación deficiente detectada y permita la respuesta al primer “por qué” y genera otro “por qué”, la respuesta al segundo “por qué” te pedirá otro y así sucesivamente, hasta que sea difícil para la comisión responder al “por qué”.

Causa Raíz: Es aquella que no permite responder al “por qué” y constituye la razón fundamental de que el hecho o situación deficiente haya ocurrido. (sic)

(Contraloría General de la República, año 2022. *Resolución de Contraloría N° 001-2022-CG de fecha 07 de enero de 2022 que aprueba la Directiva N° 001-2022-CG/NORM, denominada Auditoría de Cumplimiento y Manual de Auditoría de Cumplimiento*)

Debe anotarse que la definición de la Ley N° 27785, entre otras normas de control gubernamental, no se sustenta en la teoría de la causa próxima, ni en las otras teorías de la causa eficiente, concausa o causa preponderante; algunas de las cuales tiene muchos seguidores en la doctrina nacional y extranjera. Es más, expresamente se aparta de la causa próxima que aparentemente utiliza nuestro Código Civil en su artículo 1321.

La decisión del Sistema Nacional de Control y, finalmente, del legislador que promulgó la referida Ley N° 27785, se sustenta en la causa adecuada; una opción legislativa definida en un tema de derecho público y, como tal, válida, respetable. Sin embargo, cabe preguntarnos: ¿es la mejor opción?

De acuerdo con el maestro peruano León, J. (2008), experto en control gubernamental,

la causa adecuada representa una exigencia menor para acreditar la relación causal entre la conducta del sujeto activo, el hecho generador y el resultado dañoso... Esta forma de causalidad constituye una característica de la responsabilidad civil extracontractual y no de la contractual, por cuanto esta última exige que el daño sea consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación (causa próxima). Al menos, en lo que a nuestra legislación se refiere. (p. 6)

En esa línea, citamos al profesor Salazar (2020), quien señala que las “Funciones Especiales del Poder, tienen contenido propio, instituciones jurídicas propias e instrumentos *sui generis*, congruentes con la naturaleza de la respectiva función especial del Poder”. (p. 69)

Bajo las anteriores premisas, una solución política que se limite a requerir como un elemento de la responsabilidad civil en materia de control gubernamental la existencia de una causa adecuada, en lugar de una causa próxima, no puede ser calificada como irrazonable o desproporcionada. Es parte del desarrollo de sus propias instituciones jurídicas, de sus propios contenidos. Sin embargo, es recomendable que cualquier posición que se adopte trate de armonizar, en la medida de lo posible, las tendencias contemporáneas del Derecho Civil, de carácter más garantista cada día, con las necesidades de economía, eficiencia y eficacia de los productos de control gubernamental, en línea con la lucha contra la corrupción y la protección de la víctima.

Sobre esto último, cabe recordar que en ocasiones será necesario utilizar en forma supletoria a las reglas de la responsabilidad civil previstas en el Código Civil; y, además, tener en cuenta que las acciones civiles sobre indemnización interpuestas por la CGR ante el órgano jurisdiccional, son procesadas y resueltas por operadores de justicia formados en una lógica privatista del derecho de daños, más que en teorías de control gubernamental.

Al respecto, cabe citar la reflexión realizada por León, J. (2008) sobre el particular: resulta necesario continuar perfeccionando la regulación de la responsabilidad civil del funcionario público a fin de encontrar fórmulas que, protegiendo

adecuadamente los intereses del Estado, brinden un tratamiento equitativo a los funcionarios o servidores públicos que tienen a su cargo la gestión de las entidades y, por ende, la administración de recursos públicos. (p. 7)

La obligación de perfeccionar la regulación sobre la materia es imprescindible pues la realidad marcha a una velocidad que el derecho no puede siempre equiparar. En el último siglo los tribunales han tenido al frente el difícil reto de determinar cuándo un hecho es causa de otro y, finalmente, que es lo que causa el evento dañoso, peor aun cuando hay múltiples causas o existen de por medio conducta omisivas. Esta tarea, nada fácil, se ha agravado a partir de la existencia de novedosas actividades que recomiendan o, incluso, obligan a contratar un seguro (seguro obligatorio); con la dificultad adicional de evaluar y decidir a quién le correspondería pagar las primas de las pólizas de seguro.

#### 2.8.4 Criterio o factor de imputación

La responsabilidad civil contractual requiere que toda conducta, para que sea sancionada, debe ser culposa o dolosa, dejando al margen la responsabilidad objetiva, propia de la responsabilidad civil extracontractual y la teoría del riesgo. Revisaremos brevemente cada una de estos conceptos, culpa y dolo, para entender el tipo de conducta requerida.

##### **La culpa**

En cuanto a las conductas culposas, nuestro ordenamiento jurídico considera la culpa leve y la culpa grave o inexcusable, las cuales varían en su definición y, también, en configurar la carga de la prueba en los respectivos procesos de deslinde de responsabilidad civil, siendo necesario citar a continuación los artículos respectivos de nuestro Código Civil:

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias

de las personas, del tiempo y del lugar. (Comisión Revisora del Código Civil, 1984, Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295)

Respecto a la culpa, el maestro Osterling señala que:

es la infracción de la ley que uno comete sin dolo ni malicia, por alguna causa que puede y debe evitar. Es toda conducta contraria a la que debiera haberse observado. Dicha acción u omisión perjudicial para otro, en que uno incurre, puede devenir tanto por imprudencia, negligencia o impericia; figuras que, para la doctrina, enmarcan las formas de culpa.

Continúa diciendo dicho autor:

la culpa es un tipo de imputabilidad que se caracteriza por dos elementos, ambos de contenido negativo: (a) En primer lugar, aparece en la actividad del agente una omisión de diligencias apropiadas. (b) En segundo lugar, se tipifica esta conducta por la ausencia de mala fe o mala voluntad.

Luego, ahondando en el concepto de culpa, dicho experto agrega que:

-lato sensu- la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un daño y que resulta imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. *Stricto sensu*, en cambio, además de dichos requisitos, el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien lo comete, con abstracción de cualquier querer doloso. El concepto gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad. (Osterling, 2003, pp. 343-344)

En el caso de inexecución de obligaciones y, específicamente en materia contractual, aquellas pueden ser por acción u omisión. Ahora bien, de acuerdo al maestro Osterling:

la regla general en materia de responsabilidad consiste, como se sabe, en que el autor del daño causado es quien tiene que responder; la excepción, por el contrario, es que sea otro quien responda (económicamente). Esto es lo que la doctrina denomina responsabilidad indirecta, al lado de la directa (culpa *in*

*eligendo* y culpa *in vigilando*). El deudor no siempre ha de responder directamente de su culpa personal, sino que también puede estar obligado a responder de 'culpas personalmente ajenas', por ejemplo, de la culpa de sus dependientes o subordinados con motivo de cumplir o ejecutar las obligaciones contraídas por el primero, esto es por el principal o patrón, cuando éste último no las ejecuta personalmente o, al menos, no lo hace en su totalidad o integridad. Se le denomina culpa *in eligendo*, pues se basa en el daño causado por la persona 'elegida' por el principal y a quien le encargó la ejecución de determinado acto. Por su parte, la culpa *in vigilando* deriva de una 'falta de control' sobre las personas que dependen de otras. (Osterling, 2003, p. 357)

Respecto a los dos tipos de culpa que señala nuestro Código Sustantivo, se debe precisar que la culpa leve tiene como fundamento la falta de **diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación** y en toda circunstancia (personas, tiempo o lugar). La culpa grave o inexcusable consiste en la exagerada negligencia en relación con lo que todos entienden al respecto, incluso las personas menos precavidas.

Las nuevas construcciones jurídicas, especialmente en el denominado derecho continental o europeo, están cuestionando las bases sobre la que se ha estado afirmando este elemento de la responsabilidad civil, más preocupadas por indemnizar a la víctima del hecho dañoso, así como por explicar las novedosas teorías del riesgo y la actuación de los seguros que, finalmente, terminan respondiendo por los daños causados, subrogándose en la posición del sujeto activo de estos. Algunas llegan al extremo de requerir **la inversión de la carga de la prueba** respecto a las actuaciones presuntamente culposas.

Ante tal avance y orientación, Díez-Picazo (s.f.) comenta irónicamente lo siguiente:

La conclusión de todo ello, sencillamente expuesta, me parece que es que ya no hay que reparar, por que existió antes una conducta reprobable, sino que hay que reparar a secas; que no se trata tanto de moralizar las conductas de los eventuales autores de los daños como de asegurar las indemnizaciones a las víctimas y que

se ha perdido aquella concepción mágica o teológica de la mano de Dios para ver por todas partes las manos de los hombres. (p. 732)

### **El dolo**

Respecto a las conductas dolosas, cabe precisar que el dolo civil es diferente al dolo penal previsto por los artículos 11 y 12 del Código Penal, el cual tiene sus propias especificidades, que no son materia de este trabajo de investigación.

Se puede considerar al dolo civil, siguiendo a Osterling (2003, pp. 273), como un vicio de la voluntad que consiste en:

el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no habría sido celebrado o lo hubiera sido en condiciones diferentes: es el dolo que falsea la intención del agente y que éste puede aducir para obtener la anulación del acto celebrado con ese vicio.

El citado autor agrega que, en materia de obligaciones, “el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inexecutar la prestación debida. También es denominado dolo obligacional.”

Osterling considera que el dolo tiene dos elementos: la acción positiva de incumplir y el ánimo de obtener una ventaja para sí mismo (ilegítima), es decir, no requiere que su intención sea causar un perjuicio al acreedor (*animus nocendi*). En este punto se separa de la doctrina, pero siendo fiel al Derecho peruano, para el cual –señala el maestro- “no es necesaria la presencia de la voluntad de causar daño a la otra parte.” Al efecto, conviene citar el artículo 1318 del Código Civil, el cual prescribe que: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación».

El citado jurista comenta también las posiciones que sobre el dolo tienen otros autores en materia de incumplimiento de las obligaciones, sintetizando las dos principales corrientes, aunque tomando partido por la segunda, conforme se ha adelantado. Estas posiciones son:

(a) El dolo consiste en el incumplimiento deliberado cometido con intención de dañar, o por lo menos con conocimiento y previsión del daño que se causa.

Interpretan en este sentido Messineo, Larombière. Demolombe, Baudry Lacantinerie y Barde, Planiol, Ripert y Esmein, Mazeaud y Tunc, Salvat y De Gásperi.

(b) El dolo en la inejecución de las obligaciones consiste en el incumplimiento deliberado de la prestación, aunque no medie intención de dañar. El dolo vendría a ser, en este caso, 'la conciencia de la infracción de un deber'. Para ilustrar el concepto, Larenz pone el ejemplo de un taxista que no pasa a recoger al pasajero para llevarlo a la estación: si ello ocurre porque se olvidó, hay culpa; pero si lo hizo porque encontró otro pasajero que le pagó más, hay dolo. Comparten este criterio Giorgi, Puig Peña, Lafaille, Colmo, Busso, Borda, Llambías, Cazeaux y Trigo Represas, Salas Carranza y Morello. (Osterling, 2003, p. 285)

Aparte del deber incumplido y el ejercicio diligente de las obligaciones funcionariales o contractuales del sujeto activo, es necesario para configurar el dolo, que el agente infractor o sujeto activo haya tenido la posibilidad de advertir el hecho irregular, la infracción del deber.

El avance de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia sobre el particular transmite cierta armonía en el tratamiento del factor o criterio de imputación en la tradición jurídica de nuestro país. No obstante, este trabajo de investigación sí desea llamar la atención sobre un punto en particular, de factura totalmente nacional, que se está presentando con cierta frecuencia en la tramitación de los procesos civiles por indemnización seguidos por la CGR contra funcionarios o servidores públicos que han ocasionado daño al Estado y que han sido identificados en informes de control.

Es el caso, que algunos jueces están desestimando las citadas demandas resarcitorias cuando en la vía administrativa el órgano sancionador del PAD o PAS ha identificado y sancionado al servidor público por culpa leve. En estas circunstancias, consideran que mal puede identificarse un perjuicio económico que deba ser resarcido al Estado en la vía civil cuando el nexo de imputación del presunto daño es solo leve, no grave y, menos aún, muy grave, según se habría determinado previamente en la vía administrativa.

Al respecto, los jueces que hacen este raciocinio se pretenden amparar en la Casación N° 775-2005-Lima, expedida por la Primera Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de fecha 19 de octubre de 2005 en el proceso seguido en el fuero laboral por J.L. Mendoza contra Edipesa, sobre indemnización.

Los considerandos cuarto y quinto de dicha casación afirman lo siguiente:

“Cuarto: Que, el literal j) del numeral dos del artículo cuatro de la Ley número veintiséis mil seiscientos treintiséis, Ley Procesal del Trabajo delimita que los Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflicto jurídicos sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de la comisión de falta grave que cause perjuicio económico al empleador, incumplimiento del contrato y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza por parte de los trabajadores; Quinto: Que, esta norma además de definir claramente la competencia de la Jurisdicción Laboral para conocer de las acciones resarcitorias derivadas de la relación de trabajo intentadas por el empleador a su vez agrupa en tres supuestos los motivos que pueden dar lugar a un reclamo de esta naturaleza: a) La comisión de falta grave que cause perjuicio económico al empleador; b) El incumplimiento del contrato de trabajo; y c) El incumplimiento de las normas laborales cualquiera fuera su naturaleza”.

El sexto y séptimo considerando de dicha casación concluyen lo siguiente:

“Sexto: Que, como se advierte, la indemnización por daños y perjuicios por la comisión de falta grave que cause perjuicio económico de la forma como ha sido previsto por el legislador requiere para su amparo de: i) La acreditación de los daños y perjuicios causados al empleador derivados de la comisión de la falta grave; ii) La demostración que la falta grave cometida es causa eficiente de estos daños y perjuicios; y iii) La prueba del perjuicio económico que causa al empleador los daños y perjuicios acreditados derivado de la falta grave cometida; Séptimo: Que, de este modo todas estas exigencias tienen como presupuesto esencial la comisión de falta grave que si es entendida como aquella infracción del trabajador de los deberes

esenciales que emanan del contrato de trabajo de tal índole que haga irrazonable su subsistencia es claro que esta acción sólo podría ser dirigida contra el ex trabajador de la persona natural o jurídica que acciona buscando su resarcimiento por los daños y perjuicios que le irrogó la falta grave que determinó la extinción del contrato de trabajo de aquel; lo cual descarta de plano que esta pretensión por su naturaleza pueda dirigirse también contra quien tiene vínculo laboral vigente o cuyo vínculo laboral concluyó por otra causa, en tanto que este hecho supondría que la supuesta falta alegada no ha sido de tal magnitud como para resolver el contrato de trabajo y si es así no podría ser catalogada como grave”.

Debe tenerse presente, al respecto, que los citados fundamentos se ciñen a una interpretación razonable, pero, única y exclusivamente, de la ley laboral que regula la relación de trabajo entre empleador y trabajador, sometida a un enfoque pro trabajador; no es una interpretación sistemática. El juez laboral, bajo su sesgada perspectiva, estaría cumpliendo la misión que le asigna el artículo 54 de la Ley Procesal del Trabajo, esto es, la correcta aplicación e interpretación de las normas materiales del Derecho Laboral, Previsional y de Seguridad Social.

Las preguntas que surgen y que amparan el cuestionamiento de dicha postura son las siguientes: ¿la responsabilidad civil de un funcionario o servidor público por incumplimiento de sus funciones identificada en un informe de control de la CGR al amparo de las potestades previamente establecidas por la ley del Sistema Nacional de Control, constituye un tema laboral o es un tema eminentemente de derecho público, de control gubernamental? ¿Corresponde a un juez laboral determinar los perjuicios ocasionados al Estado por un funcionario o servidor público que, incumpliendo sus obligaciones, afecta el uso de los recursos públicos que cautela la Contraloría General de la República en el ejercicio de sus potestades constitucionales?

En ambos casos, se puede colegir que no es correcto extrapolar el ordenamiento laboral, que regula las relaciones de trabajo entre una entidad pública y un trabajador de dicho sector, con las normas de derecho público que regulan las potestades constitucionales del ente rector de control. Si bien el tema puede ser desarrollado en una

tesis o en un específico trabajo de investigación aplicada, se expondrá brevemente a continuación los argumentos de esta aseveración sobre el particular.

En primer lugar, para el control gubernamental la definición del funcionario o servidor público no calza con la utilizada por el juez laboral para dirimir las controversias entre una entidad empleadora y un trabajador. Si se revisa la definición de funcionario y servidor público para el control gubernamental que se ha desarrollado previamente en el título relacionado con los sujetos de la responsabilidad civil, se puede apreciar que son considerados tales aquellos que tienen o han tenido cualquier vínculo laboral o contractual con la entidad presuntamente perjudicada. No se limita, como lo indica la sentencia casatoria comentada, a aquellos trabajadores que mantienen o han mantenido un vínculo o relación de carácter laboral. Esta última posición, netamente laboralista, excluye del concepto y, por ende, ser sujetos activos del perjuicio irrogado al Estado, a los locadores de servicios y a todas aquellas personas que presten servicios al Estado en virtud de una relación de carácter civil.

En segundo lugar, la sentencia casatoria en cuestión excluye la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por faltas leves, reservando las acciones indemnizatorias para las faltas graves, según las normas de derecho laboral. Esto puede tener asidero en una lógica laboralista, mas no de control gubernamental. No existe norma alguna que impida a la CGR iniciar acciones indemnizatorias contra los sujetos activos que hubiesen ocasionado daños al Estado por falta leve.

En tercer lugar, como corolario de la precedente posición del juez laboral, la mencionada casación afirma que la pretensión indemnizatoria sólo podría ser dirigida contra el ex trabajador de la persona natural o jurídica que acciona buscando su resarcimiento por los daños y perjuicios que le irrogó la falta grave pues, presupone, que ha debido extinguirse previamente el contrato de trabajo de aquél.

Al respecto, cabe advertir que, en materia de control gubernamental y de acuerdo con la norma especial de control, es totalmente intrascendente que el vínculo laboral se mantenga o se hubiese extinguido. La culpa leve, grave o dolo que constituyen un elemento de la responsabilidad civil denominado factor de imputación, son ajenas a la calificación de falta grave que se utiliza en el ámbito laboral. Las acciones civiles

recomendadas por el ente rector de control no pueden ser sometidas, como si fuera un requisito de procedibilidad, a la previa extinción del vínculo laboral del funcionario o servidor público demandado por parte de la Entidad. Ello constituiría un obstáculo insalvable en la lucha contra la corrupción, la cual constituye una política nacional de carácter transversal.

En cuarto lugar, el ordenamiento laboral exige causa eficiente, a diferencia de las normas de derecho público de control gubernamental que exigen causa adecuada. Como es indiscutible, la ley orgánica del ente rector del Sistema Nacional de Control prima, en materia especial de control gubernamental, sobre las normas generales en materia laboral que regulan el contrato de trabajo entre empleadores y trabajadores.

Por último, se debe tener en cuenta que uno de los más graves problemas en la lucha contra la corrupción y la ineficiencia, es la impunidad. La práctica demuestra, con mucha frecuencia, lamentablemente, que en las entidades públicas existe un falso o indebido “espíritu de cuerpo” en virtud del cual los funcionarios se protegen entre ellos, al margen o en contra de la ley, siendo una de las manifestaciones más repetidas calificar arbitraria o discrecionalmente como una falta leve lo que a todas luces son faltas graves o muy graves.

En consecuencia, es un error extrapolar la normativa laboral a relaciones jurídicas de derecho público que están expresamente normadas por el ordenamiento de control gubernamental y que obedecen no a proteger al trabajador sino a cautelar el uso de los recursos públicos y el accionar de los funcionarios y servidores públicos, así como a luchar contra la corrupción, antes que regular las relaciones laborales de carácter horizontal entre empleadores y trabajadores. Por las mismas consideraciones, el fuero competente para conocer las acciones indemnizatorias por daños al Estado recomendadas por los informes de control de la CGR, es el fuero civil, no el laboral.

Para concluir, al igual que en el caso del injusto y del nexo causal, se debe mencionar que cierta literatura jurídica moderna sostiene la necesidad de invertir la carga de la prueba en materia de todo tipo de responsabilidad a fin de proteger a las víctimas de los eventos dañosos, de tal manera que se faciliten sus demandas y los respectivos resarcimientos. Ello opera, incluso, cuando la víctima es el Estado. Estas ideas deberán

ir madurando en nuestro país y dando respuesta a las exigencias sociales, en las cuales los intereses del Estado no pueden quedar en segundo lugar, más aún cuando gran parte del problema es la insolvencia de los deudores.

#### 2.8.5 El daño.

El último, pero no menos importante elemento de la responsabilidad civil, es el daño. Incluso para un amplio sector de la doctrina, es considerado el principal factor al extremo de sopesarse por algunos la posibilidad de crear un Derecho de Daños como una disciplina que regule la responsabilidad contractual y extracontractual orientada a proteger los derechos de las víctimas. Su conceptualización, sin embargo, no genera mayores problemas teóricos en la doctrina. Sus alcances están definidos en nuestro sistema por el artículo 1321 del Código Civil.

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída. (Comisión Revisora del Código Civil, 1984, Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295)

Según el maestro Osterling (2003), el daño es una lesión de un derecho que debe ser reparada; daño que debe ser jurídicamente relevante.

El citado autor, siguiendo la doctrina general sobre la materia, enuncia las diversas categorías en que suele dividirse el daño:

- “(a) Por el objeto afectado: material (patrimonial) o moral.
- (b) Por la fuente del daño: contractual o extracontractual.
- (c) Por la causa: moratorios o compensatorios.

(d) Por el tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado: directo (o inmediato) o indirecto (o mediato).

(e) Por su grado: actual y futuro.

(f) Por su previsibilidad: previstos y no previstos". (pp. 458-459)

Para efectos de este trabajo, nos interesa analizar especialmente el <sup>2</sup>daño patrimonial y, además, el moral o extrapatrimonial.

Respecto al primero, Osterling (1968) expresa lo siguiente:

el daño patrimonial consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada. Ahora bien, el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas, a saber: 1) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio, lo que se conoce como daño emergente o positivo; o bien como 2) la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, lo que se denomina lucro cesante. La distinción clásica entre daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperable en el segundo. Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial. Ambos elementos -el daño emergente y el lucro cesante- son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada.

Con relación al segundo, denominado daño moral o, más apropiadamente, daño extrapatrimonial, éste se produce -en materia contractual- cuando los efectos dañosos ocasionados por el incumplimiento de la obligación, recaen sobre la persona considerada

como sujeto de derechos. Este daño es también aplicable a las personas jurídicas y existe actualmente una saludable inclinación a considerar también al Estado.

Al respecto, el jurista francés Héctor Lafaille expresa que:

el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos. Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales o de daños morales que engendren o no, perjuicios económicos (como se cita en Osterling, 2003, p. 460)

Es importante relevar que la indemnización debe ser integral, completa. Para ello, según el mencionado autor peruano, “debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida... trátese de daños y perjuicios previstos o no previstos.” (p. 463)

León Flores (2014), hace hincapié en que:

el daño económico no se limita a un daño físico, o a la integridad del patrimonio existente de la Entidad pública o del Estado, sino que es posible el daño económico inmaterial, por acción u omisión, siempre que el resultado sea el desmedro del patrimonio de la Entidad Pública o el Estado. (p. 6)

<sup>7</sup> Respecto a la doctrina, al día de hoy mayoritaria, que acepta el daño moral o daño a la persona en aquellos casos de afectación a la persona jurídica, Osterling (2003) menciona lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir que toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter, puede ser, en consecuencia, sujeto pasivo de daños morales. Lo que es lo mismo afirmar que las personas jurídicas o de existencia ideal pueden sufrir esa especie de agravios en cuanto tienen derechos extrapatrimoniales,

pacíficamente admitidos por un sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia (p. 438)

Dicho autor agrega, a continuación:

Esta posición fue consagrada legislativamente por la Constitución Política del Perú de 1979, la cual en su artículo 3° disponía que los derechos fundamentales consagrados en el artículo 2° de dicha Constitución, eran también patrimonio de las personas jurídicas en cuanto le fueran aplicables. Si bien dicho principio no ha sido recogido por la Constitución Política de 1993, de ello no se desprende que el ordenamiento jurídico peruano vigente haya optado por la desprotección de la persona jurídica, respecto de sus derechos extrapatrimoniales. El silencio de la Carta Política que nos rige determina que cuando el artículo 2° hace referencia a los derechos de la persona, estos deben entenderse en el sentido amplio del término, es decir, que también se incorpora a las personas jurídicas. (p. 451)

Osterling y Castillo, analizando el daño moral, también se pronuncian sobre el carácter punitivo y compensatorio de las indemnizaciones, en línea con las reparaciones civiles en el ámbito del derecho penal, así como en la clasificación de las funciones de la responsabilidad civil que hemos visto anteriormente en el acápite 2.6, realizada por Espinoza. En efecto, sostienen que:

la cuantía debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente, ya que la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no solo el ser punitorio, sino también un propósito de resarcimiento o compensación para la víctima. (Osterling & Castillo, 2003, p. 424)

La posibilidad que se irroge daño moral en la inejecución de obligaciones también es aceptada por ambos autores, “puesto que depende de la repercusión que tenga el daño y no el derecho que se viole”. (como se cita en Soto Coaguila et al. 2015, p. 382)

<sup>54</sup> En materia de control gubernamental, recientemente se ha expedido la Resolución de Gerencia N° 00001-2022-CG/GJNC, cuyo primer artículo, numeral 1, detalla los

criterios normativos sobre el perjuicio económico para la identificación de la presunta responsabilidad civil, que glosamos a continuación:

“1. En los informes resultantes de la auditoría de cumplimiento y del servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad, en los que se identifique presunta responsabilidad civil, se tiene en cuenta lo siguiente:

- Cuando en los hechos hayan participado varios comprendidos o involucrados, generando un daño por causa única, se consigna el monto total del perjuicio económico ocasionado a la Entidad o al Estado, sin individualizar el perjuicio económico por cada comprendido o involucrado.

- Cuando el hecho generador del daño sea producto de una conducta omisiva, se consigna el monto total del perjuicio económico ocasionado a la Entidad o al Estado, sin individualizar el perjuicio económico por cada comprendido o involucrado.

- Cuando se haya generado un daño a la Entidad o al Estado por parte de varios comprendidos o involucrados, y este pueda ser individualizado en función a su grado de participación en los hechos, se consigna el perjuicio económico ocasionado por cada uno de ellos durante su período de gestión en el cargo o función específica al interior de la Entidad; y, asimismo, se consigna el monto total del perjuicio económico causado a la Entidad o al Estado. En este último supuesto, el monto total del perjuicio económico corresponde al daño ocasionado a la Entidad o al Estado, y no a la sumatoria de los montos por perjuicio económico que han sido individualizados por la participación de cada uno de los comprendidos o involucrados, debido a la posible coincidencia en los hechos dañosos de los partícipes en determinados periodos de gestión.”

Como podemos apreciar, la posición del ente rector de control es clara sobre la inclusión este elemento <sup>25</sup> de la responsabilidad civil en sus informes de control. Esa posición es recogida por nuestros tribunales. El problema radica, como se ha adelantado, en el escaso o limitado resarcimiento final del daño ocasionado al Estado.

## 2.9 CASO DE ESTUDIO. PERÚ

Para comprender la magnitud del problema y las escasas posibilidades de recuperación de las sumas indemnizatorias reclamadas por el Estado por los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones funcionariales de servidores públicos, identificados por la CGR, consideramos pertinente exponer un caso de estudio: el proceso civil seguido por la PP-CGR contra varios funcionarios públicos sobre indemnización ante un Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, que exponemos a continuación.

### Antecedentes

La CGR inició una auditoría de cumplimiento en la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (AATE) para verificar el cumplimiento de la legalidad de las obras de la Línea 1 del tren eléctrico.

Durante la respectiva acción de control, la comisión auditora observó hechos con presuntas irregularidades que habrían ocasionado al Estado perjuicio por varios millones de soles, de acuerdo a los lineamientos sobre la materia. En primer lugar, la contratista, un consorcio internacional de reconocido prestigio económico y financiero, no habría cumplido con sus obligaciones legales ni contractuales. En segundo lugar, no obstante ese incumplimiento, los funcionarios involucrados habrían incumplido sus obligaciones de supervisión y otras establecidas en el ROF, MOF y en la ley, en general.

De acuerdo a los lineamientos sobre la materia, la comisión auditora comunicó los hallazgos correspondientes a los funcionarios públicos que habrían estado involucrados en los hechos advertidos a fin que presenten sus correspondientes descargos.

Varios meses después, la CGR emitió un Informe de Auditoría de Cumplimiento, el cual concluía que los hechos observados no habían sido satisfactoriamente desvirtuados por los involucrados y, en ese sentido, recomendaba el inicio de acciones legales de responsabilidad civil. La comisión auditora identificó la responsabilidad civil de cinco funcionarios públicos de la Entidad que habían ocasionado perjuicios a la Entidad

por decenas de millones de soles, debido al incumplimiento de sus obligaciones funcionariales.

Una vez interpuesta la respectiva demanda indemnizatoria, la PP-CGR inició la búsqueda de bienes suficientes para garantizar el pago de los daños y perjuicios demandados. Pese a las gestiones realizadas, la búsqueda fue infructuosa. Los funcionarios públicos demandados carecían de bienes inmuebles, vehículos automotores o depósitos en instituciones bancarias y financieras del país; o, en todo caso, no figuraban registrados a sus nombres.

Mediante sentencia de primera instancia, el Órgano Jurisdiccional declaró fundada la demanda en todos sus extremos, ordenando que los demandados paguen solidariamente a la entidad pública la suma demandada. Dicha sentencia ha sido apelada.

#### Análisis

El caso materia de estudio nos ofrece dos temas dignos de análisis, por sus repercusiones en las labores de control y en la eficacia del resarcimiento de los daños y perjuicios de naturaleza civil ocasionados al Estado.

El primer tema está referido a la solvencia económico-financiera de los funcionarios públicos emplazados que pudiera garantizar la suma demandada ascendente, como hemos adelantado, a decenas de millones de soles.

Según la Ley N° 27785, la responsabilidad civil es solidaria, conforme hemos precisado en el precedente título sobre los elementos de la responsabilidad civil, es decir, cada uno de los demandados (obligados) es responsable ante el demandante (acreedor) del pago total de la obligación. Es decir, la citada deuda no se divide en cinco partes iguales, sino que cada uno responde oportunamente por el íntegro. Como lógica consecuencia para el caso bajo estudio, la Procuraduría Pública de la CGR debía solicitar una medida cautelar para garantizar el pago de la obligación íntegra por parte de cada uno de los funcionarios públicos identificados por el informe de control como responsable civil del daño ocasionado al Estado, por decenas de millones de soles, en total.

Nos preguntamos: ¿es usual que un funcionario público tenga un patrimonio valorizado en decenas de millones de soles? Las reglas de la experiencia nos dicen que no. No obstante, esta insolvencia -involuntaria o forzada- no es argumento suficiente para archivar el caso y renunciar a pretender el resarcimiento de los daños incurridos, más aún cuando, según la CGR, han obedecido a culpa grave de los funcionarios públicos involucrados y se ha cuantificado un perjuicio relevante. El proceso civil continuará hasta contar con una sentencia firme que, si nos atenemos a la información histórica y documental de los resultados de la Procuraduría Pública, tendrá probablemente un noventa por ciento de posibilidades de éxito, aunque luego de un costoso proceso de siete y ocho años de duración.

Ahora bien, si medimos los niveles de eficacia de este proceso, ¿cuál es el probable resultado a nivel de resarcimiento efectivo al Estado? La experiencia, los datos históricos y el sentido común, nos indican que será nula, al menos si continuamos actuando dentro del marco legal existente y haciendo uso de las limitadas herramientas que la norma concede al Estado para promover el pago de las sumas sentenciadas por parte de los funcionarios y servidores públicos ejecutados. Así como las mayores posibilidades permiten afirmar que la sentencia final será favorable a los intereses del Estado, lo más probable y con un mayor grado de certeza, es que la cobranza de la suma sentenciada sea improductiva. No se pudo cautelar oportunamente el derecho a cobrar del Estado y, casi con seguridad, en el supuesto que el órgano jurisdiccional declare fundada la demanda mediante sentencia firme con autoridad de cosa juzgada, no se logrará recuperar suma alguna que permita resarcir los daños ocasionados por los citados funcionarios que incumplieron sus obligaciones.

Como podemos apreciar a partir de este caso de estudio, al menos en lo que respecta a la promoción del otorgamiento de garantías al Estado y resarcimiento de los daños ocasionados por los funcionarios y servidores públicos que incurren en responsabilidad civil por incumplimiento de sus obligaciones funcionariales, es necesario e importante proponer reformas al marco legal vigente que permitan generar alternativas para que dicha reparación sea efectiva. De otra manera, seguiremos consiguiendo

victorias pírricas que no satisfacen los legítimos derechos de crédito del Estado para cobrar las sumas sentenciadas a su favor.

El segundo tema para analizar en el caso bajo estudio está relacionado con la participación de los terceros, específicamente, los contratistas. La respectiva comisión auditora no los identificó como terceros civilmente responsables, no obstante que en el informe de control concluyeron que la Contratista había incumplido sus obligaciones contractuales y no había respetado el expediente técnico respectivo, entre otras graves irregularidades. Todo lo contrario. La Entidad le había pagado todo a la Contratista e, incluso, mucho más de lo originalmente pactado, atendiendo a las diversas ampliaciones de contrato y adicionales de obra que -de manera ilegítima- le fueron concedidas a aquella por los funcionarios públicos involucrados y, posteriormente, demandados.

Existen varias explicaciones respecto a los problemas antes mencionados, sin embargo, antes de abordarlos consideramos conveniente revisar algunas cuestiones previas.

Primero, no todo incumplimiento de las obligaciones funcionariales de los funcionarios y servidores públicos implica, en paralelo, un incumplimiento de las obligaciones contractuales de los terceros, en particular de los contratistas. Cada caso merece un examen especial pues haríamos mal en generalizar que la primera responsabilidad es sucedánea de la segunda o viceversa.

Segundo, la primera línea de defensa contra el incumplimiento de las obligaciones de los contratistas es la Entidad. No es correcto ni eficiente ni oportuno esperar que la ejecución de las contrataciones públicas sea siempre evaluada por la CGR, en cada caso particular. El gestor público debe ser el principal interesado en que los contratos se cumplan de acuerdo a lo pactado, con el objetivo de brindarle mejores servicios a la ciudadanía, razón de ser del Estado. Para tal efecto, el control interno es lo apropiado, oportuno y eficiente; no así la intervención del ente rector que suele ser posterior y, debemos reconocerlo, no cuenta con los recursos humanos y logísticos suficientes para supervisar todos los contratos públicos.

Dicho lo anterior, volviendo al caso de estudio, debemos mencionar que el marco legal vigente limita de manera significativa el criterio de los auditores para comprender como terceros civilmente responsables a los terceros que no ejercen función pública, aunque estos últimos hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en ocasionar perjuicios al Estado. Recordemos, al efecto, la parte pertinente de la definición de responsabilidad civil prevista por la Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República: “(...) es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que, por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado (...)”. Literalmente, este concepto no incluye a los terceros, a los contratistas que no ejercen función pública en las entidades y se limitan al cumplimiento de las obligaciones previamente pactadas.

Respecto a los demandados, las reglas de la lógica y la experiencia nos permiten inferir que es altamente improbable que un funcionario o servidor público tenga la solvencia económica necesaria para pagar al Estado una indemnización millonaria.

Como podemos concluir del mencionado caso de estudio, la incorporación de los terceros propuesta por este trabajo de investigación no solo es conveniente, sino que se torna una necesidad, sin perjuicio de fijar medidas legales innovadoras que incentiven, positiva o negativamente, a los funcionarios y servidores públicos a pagar o, por lo menos, amortizar, los daños ocasionados al Estado por incumplimiento de sus funciones.

## 2.9 EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

La identificación de la responsabilidad civil de los terceros en los informes de control de las entidades fiscalizadoras superiores no ha sido desarrollada en Latinoamérica, de manera directa. No obstante, las EFS de Chile, Costa Rica y Venezuela en Latinoamérica, tienen una forma interesante de enfrentar esta situación. En Europa, destaca el ejemplo de España. Todas estas EFS son miembros del INTOSAI.

## - CASO CHILE

La autonomía y potestad de control gubernamental está precisada por el artículo 98 de la Constitución Política de ese país, el cual dispone que la CGR Chile ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva. (Constitución Política de Chile, 1980. Última actualización del texto aprobada mediante Ley N° 21.448, del 29 de abril de 2022)

La respectiva ley orgánica del ente rector de control fue aprobada por el Ministerio de Hacienda mediante Ley N° 10.336 de 1952 y, luego, mediante Decreto 2.421 de 1964, se fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

Esta norma señala que, en el ejercicio de la función de control externo, compete a la Contraloría General de la República velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el ingreso y la inversión de los fondos públicos y la probidad administrativa, resguardar el patrimonio público y verificar la exactitud o razonabilidad de sus estados financieros, así como el cumplimiento de los principios de eficacia, eficiencia y economicidad en el uso de los recursos públicos, según corresponda.

En la mencionada norma destacan varios dispositivos relacionados con la potestad de cobrar los créditos y sumas que se adeuden al Fisco, así como ejercer las acciones del caso a fin de obtener la entrega o restitución de fondos o bienes fiscales, de acuerdo con el resultado de las investigaciones o exámenes que practique la Contraloría. (art. 22)

Mención especial merece la fiscalización de los fondos públicos que pudiesen gestionar cualesquiera persona o instituciones de carácter privado que perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada. Esta fiscalización tendrá solamente por objeto establecer si se

ha dado cumplimiento a dicha finalidad. Empero, en caso se produzcan reparos sobre la materia, las acciones que procedieren serán entabladas ante la justicia ordinaria directamente por la Contraloría General o por el Consejo de Defensa del Estado (art. 25 y 85)

<sup>9</sup> Respecto a la responsabilidad de los funcionarios, dicha norma la hace extensiva a todo funcionario cuyas atribuciones permitan o exijan la tenencia, uso, custodia o administración de fondos o bienes a que se refiere el artículo 1°, será responsable de éstos, en conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias. (art. 60)

<sup>9</sup> La responsabilidad civil derivada de hechos investigados en un sumario administrativo se hará efectiva en la forma que se establece en el artículo 129, sin perjuicio de la facultad del Contralor para ordenar que se retengan las remuneraciones, desahucios o pensiones del funcionario o ex funcionario, cuando se trate de fondos de que éste aparezca directamente responsable en el sumario. Si la medida recae sobre remuneraciones, no podrán exceder del 50% de las mismas. (art. 61 y 67))

Un tema <sup>9</sup> novedoso es la obligación legal que tienen los funcionarios públicos encargados de la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado, de cualquiera naturaleza, de otorgar caución (garantías) para asegurar el correcto cumplimiento de sus deberes y obligaciones (art. 68). Esto no se practica en nuestro país. La liquidación y realización de las citadas garantías, cuando ocurra un evento que importe menoscabo del interés garantizado, es dispuesta únicamente por el Contralor.

Es relevante la obligación de rendir cuentas que tienen todos los funcionarios, personas o entidades, que reciban, custodien, administren o paguen fondos públicos. Si el <sup>9</sup> funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presenta debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores. (art. 85)

La CGR Chile tiene a disposición procesos de rendición de cuentas y procesos sumarios.

<sup>11</sup> Los juicios de cuentas se siguen contra las personas o funcionarios que tienen bajo su responsabilidad bienes o recursos públicos y que hubiesen ocasionado un daño

al Estado (el cual es considerado extrapatrimonial) y concluye con absolución o condena del procesado. Una vez requerido del cumplimiento de la sentencia por el juez de primera instancia, si no satisface en el término de un mes los cargos que hubieren resultado en su contra, deberá ser suspendido de su empleo por el Contralor. Si el integro no se efectúa dentro de los dos meses siguientes a la suspensión, será separado del cargo, sin perjuicio de la acción judicial que la Contraloría podrá entablar de acuerdo con sus atribuciones, o pedir que entable el Consejo de Defensa del Estado, para salvaguardar el interés del Estado. (art. 125)

Las sentencias definitivas que se dicten en los juicios de cuentas tendrán mérito ejecutivo, y en contra de ellas no podrán oponerse otras excepciones que las de prescripción, pago o falta de emplazamiento, sin perjuicio de las responsabilidades que procedieren en contra de los funcionarios por su negligencia en la defensa de los intereses del Estado. (art. 127)

En los juicios que se sigan ante los Tribunales Ordinarios de Justicia para perseguir el cumplimiento de la sentencia dictada en el juicio de cuentas (etapa similar a los procesos de ejecución en la normativa peruana), la acción será ejercitada por la Fiscalía, salvo que el Contralor General estime conveniente disponer otra cosa y sin perjuicio de las facultades que correspondan al Consejo de Defensa del Estado. (art. 128)

Los procesos sumarios tienen tres etapas, las cuales respetan del debido proceso: investigativa o indagatoria, acusatoria y resolutive. Si de los sumarios que sustancie la Contraloría se dedujere responsabilidad civil del funcionario en relación con los bienes que administra o custodia, sus conclusiones serán consideradas como suficiente examen de cuentas para los efectos de proseguir el juicio de cuentas. (art. 129)

Al respecto, debemos destacar que el Contralor o cualquier otro funcionario de la Contraloría, especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de Oficina o de servicios y a los demás funcionarios y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria. (art. 133)

Cabe mencionar que mediante Resolución N° 10 de 2021, se han establecido normas que regulan las auditorías efectuadas por la Contraloría General de la República y deja sin efecto la resolución N° 20 de 2015.

La incorporación en los informes de control de terceros que hubiesen coadyuvado con los funcionarios públicos en la generación del daño al Estado no está expresamente prevista en el sistema chileno, sin embargo, no está prohibida. Es importante destacar que en el caso de los funcionarios que hubiesen infringido sus deberes de cuidado de los bienes y recursos públicos, las medidas de suspensión y separación del cargo tienen un efecto motivador importante (motivación negativa).

#### - CASO COSTA RICA

Según la Carta Magna de Costa Rica, la CGR es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública que fiscaliza los presupuestos de la República; las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos. Cumple también las demás funciones que la Constitución o las leyes le asignen. (Asamblea Nacional Constituyente, 1949, Constitución Política de la República de Costa Rica, arts. 183 y 184)

Las atribuciones de la Contraloría están precisadas en su ley orgánica, que la considera órgano constitucional rector del sistema de fiscalización (Asamblea Legislativa, 2019. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República 7428, art. 1)

De acuerdo a la citada ley orgánica, la CGR ejerce su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública, así como tiene competencia facultativa sobre los entes públicos no estatales y los sujetos privados, en la medida que sean custodios o administradores de fondos y actividades públicos. (art. 4)

Cabe destacar que, respecto a la responsabilidad y sanciones a sujetos privados, dicha norma dispone que:

cuando la desviación se realice en beneficio de intereses privados, del sujeto agente o de terceros, la concesión deberá ser revocada y el beneficiario quedará

obligado a la restitución del valor del beneficio desviado, con los daños y perjuicios respectivos. En este caso, la recuperación del monto del beneficio desviado podrá lograrse, además, en la vía ejecutiva, con base en la resolución certificada de la Contraloría General de la República, a que se refiere el artículo 76 de esta Ley. (art. 7)

Los servidores de los sujetos pasivos concedentes de los beneficios, a que se refiere este artículo, serán responsables por conducta indebida, dolosa o gravemente culposa, en el ejercicio de los controles tendientes a garantizar el cumplimiento del fin asignado al beneficio concedido.

Una mención aparte merece la atribución procesal de la Contraloría General de la República, según la cual:

tendrá legitimación procesal activa para la tutela objetiva de la Hacienda Pública o de los fondos públicos sujetos a su fiscalización, de acuerdo con las normas procesales vigentes, sin perjuicio de las facultades de que gozan para el efecto la Procuraduría General de la República y cualesquiera otros entes u órganos públicos.

En esa misma línea, la citada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República indica que el órgano rector de control,

podrá apersonarse como coadyuvante de la Administración Pública demandada, actora, o como "amicus curiae" en auxilio de la función jurisdiccional, según lo estime procedente, de acuerdo con el interés objetivo que hace valer, en aquellos casos en que la pretensión objeto del proceso se encuentre regulada por la normativa jurídica relativa a la Hacienda Pública. (Art. 35)

Es importante mencionar que la CGR tiene, adicionalmente, la potestad de fijar cauciones, esto es, determinar reglamentariamente las categorías de funcionarios o empleados de los sujetos pasivos, que deben rendir garantía para el ejercicio de sus labores, así como la naturaleza, monto y forma de esta. (Art. 37.4)

En cuanto a las medidas preventivas en materia de responsabilidades, la CGR puede recomendar, con carácter vinculante, "la suspensión temporal de servidores de las entidades sujetas a su fiscalización o su traslado a otro cargo, con goce de salario,

para evitar que entorpezcan o dificulten la función fiscalizadora”, así como cuando pudieran lesionar al Estado (art. 67). En caso determine responsabilidades, también puede recomendar sanciones, luego de seguir un debido proceso.

Cabe relevar también que, de acuerdo a la citada norma:

9 No podrá ser nombrado en un cargo de la Hacienda Pública quien haya cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización, contemplado en esta Ley o contra la propiedad o la buena fe de los negocios, por un plazo no menor de dos años ni mayor de ocho. (art. 72)

Por último, cabe mencionar que en Costa Rica está también vigente la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422, promulgada para prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública. La norma se destaca por que señala criterios razonables para imponer las sanciones por las infracciones cometidas por dolo o con culpa grave. Estos son:

12 a) La efectiva lesión a los intereses económicos de la Administración Pública y la cuantía de los daños y perjuicios irrogados.

b) El éxito obtenido en el logro de los resultados no deseados por el ordenamiento jurídico o en el enriquecimiento o favorecimiento del autor de la infracción o de terceros, así como el empeño puesto en procurarlos.

3 c) El impacto negativo en el servicio público.

16 d) La reincidencia en alguna de las faltas tipificadas en el Artículo 38 de esta Ley, dentro de los cuatro años anteriores.

3 e) El rango y las funciones del servidor; se entiende que, a mayor jerarquía y complejidad de estas, mayor será la obligación de apreciar la legalidad, oportunidad y conveniencia de los actos que se dictan, autorizan o ejecutan.

3 (Asamblea Legislativa, 2004. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422, art. 41)

Como se puede apreciar, el caso de Costa Rica nos demuestra la legitimidad procesal de la CGR para actuar en los procesos judiciales para cautelar los bienes y recursos del Estado (Hacienda Pública). Por otro lado, nos ofrece la posibilidad de iniciar investigaciones ante indicios de hechos irregulares, así como adoptar acciones legales preventivas y sancionadoras contra los funcionarios públicos involucrados y, además, accionar contra los contratistas privados, aunque estos últimos no sean procesados por la CGR sino por el Órgano Jurisdiccional en el denominado proceso contencioso administrativo o, en algunos supuestos, en la vía ejecutiva ante los tribunales ordinarios de justicia.

#### - CASO VENEZUELA

La Carta Magna venezolana establece que la Contraloría General de la República “es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos.” En el ejercicio de sus funciones, el ente de control “goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1999. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 287°)

Dentro de las principales atribuciones del denominado órgano de control fiscal destacan, para efectos de este trabajo de investigación, (a) el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como las operaciones relativas a los mismos; y, (b) disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley. (art. 289, numerales 1 y 3)

El mandato constitucional se cumple mediante la respectiva ley orgánica de control que, entre otras disposiciones, establece que las potestades sancionatorias de los órganos de control serán ejercidas de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República y las leyes, siguiendo el procedimiento establecido en esta Ley para la

determinación de responsabilidades. (Asamblea Nacional, 2001, <sup>11</sup> Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Nacional de Control Fiscal. Art. 93)

La cita norma impone, además, que:

<sup>12</sup> los entes y organismos del sector público, los servidores públicos y los particulares están obligados a colaborar con los <sup>2</sup> <sup>9</sup> órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, y a proporcionarles las informaciones escritas o verbales, los libros, los registros y los documentos que les sean requeridos con motivo del ejercicio de sus competencias. Asimismo, deberán atender las citaciones o convocatorias que les sean formuladas. (Art. 7)

Es menester relevar que la citada ley orgánica alcanza, entre otras, a: <sup>4</sup>

<sup>4</sup> Las personas naturales o jurídicas que ... en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos. (Art. 9, numeral 12)

En el caso de los últimos antes mencionados, la norma dispone que serán sometidos a las acciones resarcitorias y sanciones aquellos que incurran en irregularidades. (Art. 52)

Cabe mencionar también la atribución de la Contraloría para solicitar declaraciones juradas de patrimonio a quienes <sup>4</sup> en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones relacionadas con el patrimonio público. (Art. 78)

El Contralor también puede solicitar la suspensión en el <sup>4</sup> ejercicio del cargo sin goce de haber por un período no mayor de 24 meses de cualquier funcionario sometido a un procedimiento de <sup>4</sup> determinación de responsabilidades o, en caso sea declarado responsable, disponer su destitución; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años.

En ciertos casos, los órganos de control fiscal procederán a formular reparo cuando, en el curso de las auditorías, fiscalizaciones, inspecciones, exámenes de cuentas o investigaciones que realicen en ejercicio de sus funciones de control, detecten indicios de que se ha causado daño al patrimonio de un ente u organismo como consecuencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal, así como por una conducta omisiva o negligente en el manejo de los recursos. Cuando el daño sea imputable a varios sujetos, operará de pleno derecho la solidaridad. En caso no sea procedente el reparo, los órganos de control remitirán al Ministerio Público los indicios de responsabilidad civil. (Art. 85)

Es importante resaltar que el procedimiento de reparo no impide el ejercicio inmediato de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar ante los tribunales competentes. (Art. 111)

Como podemos apreciar, el ámbito de la potestad de control en Venezuela incluye a las personas naturales o jurídicas que contraten con el Estado. En ese sentido, bajo ciertos supuestos, la Contraloría General puede ejercer acciones no solo contra los funcionarios públicos que hubiesen incurrido en responsabilidad civil, sino también contra los particulares involucrados en la generación de daños al Estado. Para concluir, son dignas de atención las potestades preventivas y sancionadoras del Contralor respecto a funcionarios públicos sometidos a procesos de determinación de responsabilidades o declarados culpables.

#### - CASO ESPAÑA

En España la fiscalización de las cuentas y la gestión económica del Estado corresponden al denominado Tribunal de Cuentas, supremo órgano fiscalizador de acuerdo al artículo 136° de su Carta Magna. (Las Cortes, 1978. Constitución Española)

Según su ley orgánica, el Tribunal de Cuentas “es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción, de acuerdo con la Constitución”. (Las Cortes, 1982. Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. Artículo primero)

Las funciones <sup>3</sup> del Tribunal de Cuentas de España podemos distinguirlas en dos: administrativas y jurisdiccionales. Estas son:

<sup>41</sup> (a) La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público

b) El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. (Artículo segundo)

Al respecto, cabe destacar el comentario de Arnedo, M.A. (1999, pp. 87-88), quien, pronunciándose sobre las atribuciones del modelo jurisdiccional en España, menciona lo siguiente:

<sup>11</sup> En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal de Cuentas puede y debe detectar y enjuiciar, en su caso, indicios de corrupción cuando fiscaliza el manejo de los fondos públicos por parte de los funcionarios públicos encargados de gestionarlos. Esta función de fiscalización puede derivar, a su vez, en la adopción de medidas para enjuiciar los casos específicos de corrupción que detecte. Además, su función le permite detectar áreas donde el riesgo de corrupción puede ser más alto, en base a una evaluación del conjunto de sus intervenciones. A partir de ello, informa al Parlamento, y éste puede proponer al Gobierno la adopción de medidas de control interno y de gestión, para superar tales riesgos. (como se cita en García-Cobián, E. 2014, p. 35)

En ese sentido, <sup>4</sup> el Tribunal de Cuentas complementa los controles internos y administrativos de las entidades sujetas a control y, además, apoya al Parlamento en el control político que realiza, así como sirve de eslabón en la cadena anticorrupción.

A diferencia del modelo peruano, la función jurisdiccional en España se expresa en el denominado enjuiciamiento contable, el cual se ejerce “respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.” (Artículo quince).

La mencionada responsabilidad contable se origina cuando por acción u omisión contraria a la Ley <sup>12</sup> un funcionario o servidor público origina el menoscabo de los caudales

o efectos públicos, por lo <sup>14</sup> cual queda obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Como se puede apreciar, el modelo español tiene algunas similitudes con el modelo híbrido utilizado por el Perú, con un balance entre sus dos principales funciones: la función administrativa para colaborar <sup>3</sup> con la mejora de la gestión pública y la función jurisdiccional para combatir la ineficiencia y la corrupción, aunque esta última se basa en un enjuiciamiento de carácter contable relacionado con <sup>1</sup> la rendición de cuentas de los funcionarios públicos. Sin embargo, no descarta la adopción de medidas para el inicio de acciones civiles o penales, en los casos que corresponda.

## CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA

### 3.1 MÉTODOS DE ANÁLISIS

La presente investigación tiene el carácter de investigación aplicada, analítica, propositiva y de carácter principalmente cualitativa. Se desarrolla mediante la utilización de métodos de tipo observacional mediante los procesos de observación, selección, coordinación e interpretación, así como usando casos de estudio como referencias y, además, aprovechando la experiencia y competencias del investigador en el conocimiento de la materia, aunque cuidando de guardar la distancia apropiada para disminuir cualquier sesgo significativo y mantener la integridad y la objetividad del analista.

### 3.2 ESTRATEGIA PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Atendiendo a que las variables principales son (a) los informes de control de la CGR que identifican a las personas civilmente responsables de los daños ocasionados al Estado y (b) los respectivos daños ocasionados al Estado, consideramos que es imprescindible y prioritario levantar y recolectar la información existente en la Procuraduría Pública de la CGR, órgano que estuvo a cargo de la defensa judicial de los intereses del Estado, sustentada en los informes de control elaborados por las unidades de línea de la Institución, de tal manera que se pueda contar con los indicadores necesarios que expresen de manera óptima las variables dependientes e independientes.

El análisis de los mencionados informes de control permitirá apreciar la eventual participación de contratistas que, de una forma u otra, coadyuvaron los funcionarios y servidores públicos en la generación del daño al Estado, así como los resultados de las respectivas gestiones de cobranza.

Asimismo, las estadísticas de base documental de la Institucional, así como la información a cargo de la Procuraduría Pública, permitirán levantar información sistematizada, objetiva y cuantitativa para contestar las preguntas y para acreditar las hipótesis de la presente investigación.

Por último, las encuestas a los abogados a cargo de los respectivos casos de responsabilidad civil que obtuvieron resultados favorables ante el Órgano Jurisdiccional, corroborada y complementada con encuestas a expertos en control gubernamental, permitirán observar los fenómenos y sentar las bases cualitativas para el análisis causal de la escasa efectividad del resarcimiento de los daños ocasionados al Estado por la responsabilidad civil de las personas identificadas a nivel nacional en los informes de control, así como para encontrar alternativas de solución, a partir de lo cual se plantearán las propuestas de solución al problema público materia de este trabajo de investigación aplicada.

### **3.3 FUENTES DE INFORMACIÓN**

Las evidencias que sustentan el proceso de comprobación de las hipótesis y de la formulación de la propuesta, tienen dos tipos de origen: primarias y secundarias.

#### **Fuentes primarias**

Respecto a las fuentes primarias, se aplicaron encuestas a 44 académicos y expertos en control gubernamental, de un total aproximado de 60, así como a 11 abogados procesalistas de la Procuraduría Pública de la CGR expertos en derecho civil de un total de 12 activos.

La muestra estimada de los expertos en control gubernamental fue relacionada con la población constituida por el número de gerencias y subgerencias involucradas en el tema materia de la presente investigación. El perfil preseleccionado requería haber ejercido un cargo gerencial relacionado con la elaboración de informes de control,

docencia en cursos relacionados con el control gubernamental o contar con amplios conocimientos o estudios terminados de maestría en la materia.

En el caso de los abogados procesalistas, la muestra estimada fue relacionada con la población constituida por el número de plazas de abogados de la PP-CGR que en la actualidad se especializan en procesos civiles ante el Órgano Jurisdiccional. El perfil preseleccionado requería haber tenido a su cargo varias decenas de procesos civiles de indemnización por daños y perjuicios en agravio del Estado.

El desarrollo de las encuestas ha tenido dos partes. Una primera, destinada a verificar los datos personales y profesionales de los expertos encuestados, incluyendo su nivel de competencia y experiencia en el tema materia de la investigación. La segunda, destinada a recabar información sobre los casos a su cargo y su opinión experta sobre los objetivos de la investigación aplicada, según se detalla en los apéndices respectivos.

#### **Fuentes secundarias**

Con relación a las fuentes secundarias, se ha recopilado información de tratados, libros, tesis, artículos especializados y normas legales relevantes para la investigación, citadas en la lista de referencias, así como informes de control, reportes de gestión, data y estadísticas institucionales.

### **3.4 HERRAMIENTAS E INSTRUMENTOS**

Bases de datos de la Procuraduría Pública de la CGR (La investigación ha permitido recopilar información estadística, incluyendo datos de los informes de control que sustentaron los procesos civiles ante el Órgano Jurisdiccional, número de demandas, tipo de demandados, montos demandados, porcentaje de resultados favorables/desfavorables, montos sentenciados, montos cobrados, embargos solicitados, embargos trabados).

Base de datos de la CGR (La información permitió acceder al contenido de los informes de control que obtuvieron sentencias firmes favorables en el año 2017, los cuales fueron brindados por el funcionario Responsable de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

- Expedientes o legajos judiciales que obran en el archivo de la PP-CGR (Información que ha permitido presentar los casos de estudio).
- Sistema Peruano de información Jurídica de acceso público por Internet
- La experiencia y competencias del investigador como ex Procurador Público de la CGR.
- Encuestas para abogados especializados en derecho civil de la PP-CGR
- Encuestas para académicos y funcionarios expertos en control gubernamental.

### 3.5 POBLACIÓN

La población de estudio es a nivel nacional y está conformada por los informes de control de la CGR que identificaron responsabilidad civil en funcionarios y servidores públicos, que sirvieron de sustento a los procesos civiles seguidos ante el Poder Judicial y que obtuvieron sentencias favorables en el año 2017, con precisión de los daños ocasionados al Estado.

De igual manera, en dicha población constituida por los mencionados informes de control emitidos a nivel nacional y que obtuvieron sentencias favorables en el año 2017 se aprovechará para identificar en cuántos de ellos se pudo haber incorporado a los contratistas que habrían coadyuvado con los funcionarios y servidores públicos en la generación del referido daño ocasionado al Estado.

Las entidades públicas en las cuales se desarrollaron las acciones de control que concluyeron con informes de control identificado responsabilidad civil están ubicadas en todo el país y a nivel de gobierno nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales.

### 3.6 MUESTRA

La muestra de estudio es no menor del 50 % de los informes de control que sustentaron demandas civiles ante el Poder Judicial declaradas favorables (fundadas) en el período 2017.

El criterio utilizado en cuanto a los informes de control es el resultado favorable obtenido en aquellos procesos judiciales seguidos por la Procuraduría Pública de la CGR ante el Poder Judicial. Sin embargo, no se descartó aplicar la saturación teórica, en la medida que se cumplan los requisitos para tal fin.

Respecto a los encuestados, la muestra es un porcentaje no menor al 60% del total de los abogados procesalistas de la Procuraduría Pública de la CGR expertos en derecho civil, así como un porcentaje no menor al 60% de los expertos en control gubernamental respecto al número total de cargos gerenciales en la Institución vinculados al tema o involucrados en el fenómeno investigado.

La extensión de la muestra comprende a todas las regiones del Perú.

## CAPITULO 4. RESULTADOS

### 4.1 INTRODUCCIÓN: RECOPIACIÓN DE LA INFORMACIÓN

Los resultados son el producto de una investigación eminentemente cualitativa realizada con rigor científico y está basada en premisas y hechos demostrables y suficientes, que permiten realizar inferencias lógicas debidamente sustentadas, dentro del marco conceptual previamente desarrollado y conforme a la metodología aprobada.

Una de las herramientas más importantes para recopilar información han sido las encuestas, realizadas y analizadas bajo el método Delphi, en dos dimensiones, las cuales han facilitado evaluar diferentes situaciones y problemas relacionados con el objeto de estudio, así como conocer la posición de los expertos al respecto, todo lo cual ha permitido sustentar las propuestas que contiene este trabajo de investigación aplicada. Dichas encuestas desarrolladas en el mes de agosto de 2022 han sido complementadas con información estadística y procesal de la Procuraduría Pública de la CGR, así como con informes, archivos y otros de la Institución.

Las encuestas de la Dimensión I fueron dirigidas a abogados expertos en derecho procesal civil de la Procuraduría Pública de la CGR. Constaban de diez (10) preguntas con un promedio de cinco opciones de respuesta cada una con forma de enunciados a fin que el encuestado exprese su parecer en cada una de ellas dentro de una graduación que fluctuaba entre cinco alternativas: muy de acuerdo, de acuerdo, neutral, en desacuerdo y muy en desacuerdo (Escala de Likert).

Las encuestas de la Dimensión II fueron dirigidas a académicos y funcionarios expertos en control gubernamental. Constaban de cinco (5) preguntas con un promedio de cinco opciones de respuesta cada una, también con forma de enunciados como en la dimensión anterior, con cinco alternativas para el encuestado en la referida escala de Likert.

Cabe destacar que, dentro del perfil de los encuestados, se puede apreciar que el 91.8% tienen educación superior universitaria. Un 77.6% del total tiene, adicionalmente, maestría. El 95.6% de los encuestados laboran en el sector público, de los cuales el 71.4% trabaja en Lima y el resto en provincias. Resulta también relevante señalar que más del 83.7% de los encuestados tienen más de diez años de experiencia profesional en su especialidad laboral.

Ambas encuestas han sido desarrolladas en una plataforma denominada *Google Forms* facilitada por la Escuela Nacional de Control de la CGR, que incluía los protocolos de consentimiento, así como las declaraciones y registros respectivos, bajo un marco de estricta confidencialidad.

El nivel de acuerdo o desacuerdo de los encuestados frente a cada enunciado ha permitido medir y evaluar opiniones expertas con bastante objetividad, transformando variables cualitativas en valores cuantitativos, conforme se detallará a continuación.

#### 4.2 DIMENSIÓN I

Esta sección describe e interpreta las respuestas a diez preguntas con alternativas múltiples que forman parte de la primera dimensión de la encuesta dirigida a abogados expertos en derecho procesal civil, conforme se indica a continuación.

1. Según su experiencia personal, ¿qué porcentaje de éxito en los tribunales han tenido los procesos de indemnización a su cargo (sentencias firmes favorables / sentencias en total)?

Alternativas	PREGUNTAS Y RESPUESTAS
	1. Según su experiencia personal, ¿qué porcentaje de éxito en los tribunales han tenido los procesos de indemnización a su cargo (sentencias firmes favorables / sentencias en total)?

<b>Ninguno</b>	<b>1</b>	<b>9%</b>
<b>1 - 50%</b>	<b>0</b>	<b>0%</b>
<b>51 - 75%</b>	<b>5</b>	<b>45%</b>
<b>76 a 100%</b>	<b>5</b>	<b>45%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.1 Porcentaje de éxito de procesos civiles

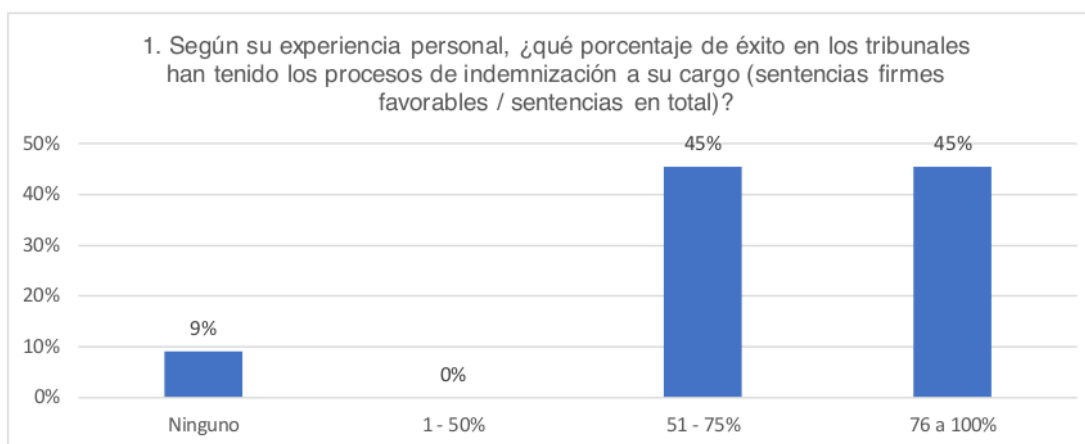


Gráfico 4.1 Porcentaje de éxito de procesos civiles

Se puede apreciar que un 90% de los encuestados expertos en control considera que los procesos de indemnización a su cargo seguidos por la PP-CGR gubernamental sustentados en informes de control han tenido un porcentaje de éxito de más del 50%, destacando que la mitad de ellos considera que este porcentaje ha sido superior al 75%. Ello confirma uno de los planteamientos implícitos en una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada, esto es, los juicios se ganan (pero no se cobran).

2. Según su experiencia personal, ¿qué porcentaje de éxito han tenido las solicitudes de medidas cautelares en los procesos de indemnización a su cargo (sumas demandadas cauteladas/sin cautelar)?

	<b>PREGUNTAS Y RESPUESTAS</b>
--	-------------------------------

Alternativas	2. Según su experiencia personal, ¿qué porcentaje de éxito han tenido las solicitudes de medidas cautelares en los procesos de indemnización a su cargo (sumas demandadas cauteladas/sin cautelar)?	
<b>Ninguno</b>	7	64%
<b>1 - 10%</b>	2	18%
<b>11 - 50%</b>	2	18%
<b>51 a 100%</b>	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.2 Porcentaje de éxito de medidas cautelares

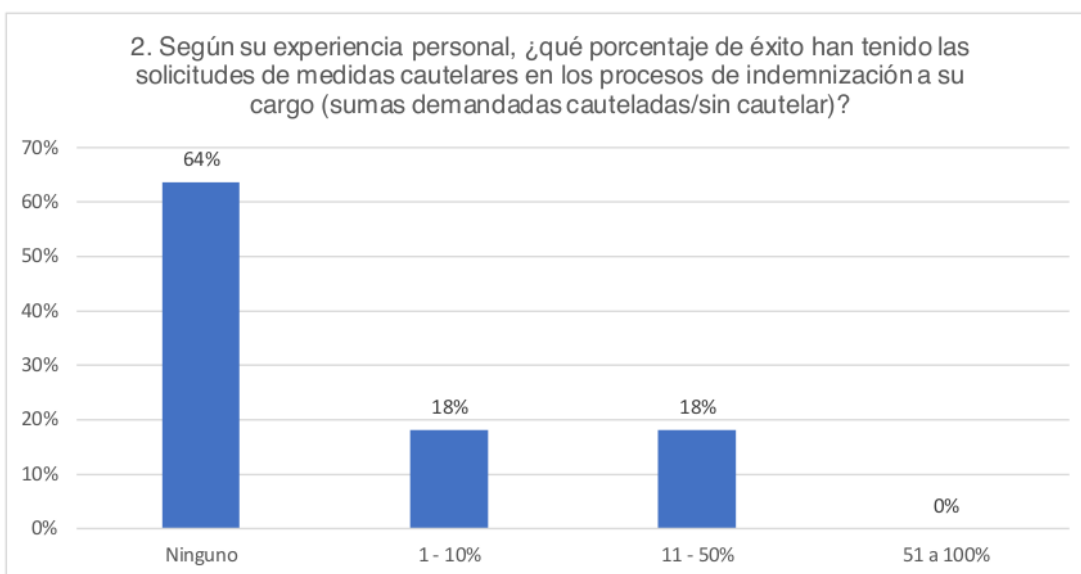


Gráfico 4.2 Porcentaje de éxito de medidas cautelares

Esta información nos permite comprobar que un 82% de los abogados encuestados consideran que el porcentaje de éxito de las medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización a su cargo han sido infructuosas, menores a un 10% y, en la mayoría de los casos, ha sido nula. Ello informa la falta de garantías para que los funcionarios y servidores públicos paguen las sumas sentenciadas, dificultando el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Estado.

3. Según su experiencia personal, ¿qué efectividad han tenido los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización a su cargo (porcentaje)?

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	3. Según su experiencia personal, ¿qué efectividad han tenido los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización a su cargo (porcentaje)?	
<b>Ninguno</b>	3	27%
<b>1 - 10%</b>	4	36%
<b>11 - 50%</b>	4	36%
<b>51 a 100%</b>	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.3 Efectividad de cobro de sumas sentenciadas

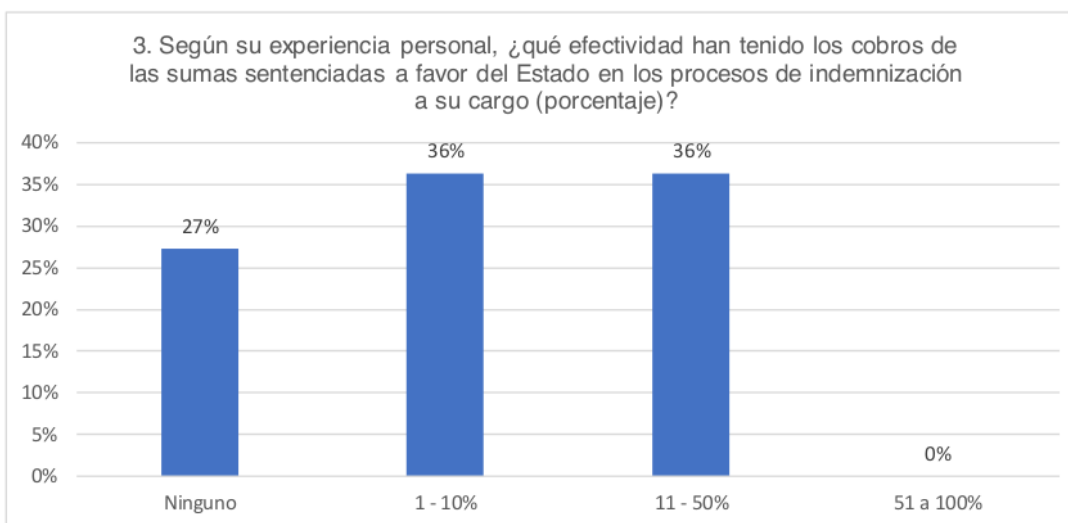


Gráfico 4.3 Efectividad de cobro de sumas sentenciadas

Se observa que una mayoría de abogados considera que la efectividad del resarcimiento de las sumas sentenciadas en los procesos de indemnización es menor al 10%. Sin embargo, un tercio de los encuestados considera que puede ser mayor. Los resultados

pueden deberse a que la PP-CGR, por regla general, encarga las ejecuciones de sentencias a las entidades que fueron directamente afectadas, dificultándose, por ello, la trazabilidad de la cobranza respectiva.

4. Según su experiencia personal, ¿qué porcentaje de los informes de control incorporaron como civilmente responsables a contratistas del Estado, aparte de los funcionarios públicos involucrados?

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	4. Según su experiencia personal, ¿qué porcentaje de los informes de control incorporaron como civilmente responsables a contratistas del Estado, aparte de los funcionarios públicos involucrados?	
<b>Ninguno</b>	2	18%
<b>1 - 10%</b>	8	73%
<b>11 - 50%</b>	1	9%
<b>51 a 100%</b>	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.4 Porcentaje de incorporación de terceros en los informes de control

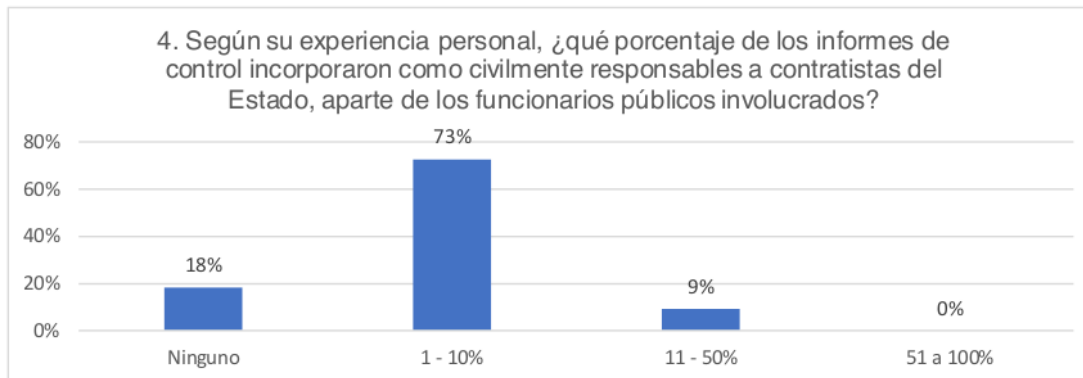


Gráfico 4.4 Porcentaje de incorporación de terceros en los informes de control

Se puede apreciar que el 91% de los expertos encuestados afirman que el porcentaje de los informes de control que incorporaron a terceros ha sido menor del 10%, lo cual demuestra uno de los contenidos de las premisas de este trabajo de investigación

aplicada. Cabe agregar que los terceros incorporados son, por lo general, residentes o supervisores de obra, no contratistas del Estado.

5. En la actualidad, ¿cuál es la mayor importancia de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Resarcir al Estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	5. En la actualidad, ¿cuál es la mayor importancia de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Resarcir al Estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos]	
Completamente de acuerdo	10	91%
Parcialmente de acuerdo	1	9%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla. 4.5 Importancia del resarcimiento de los daños ocasionados por los servidores

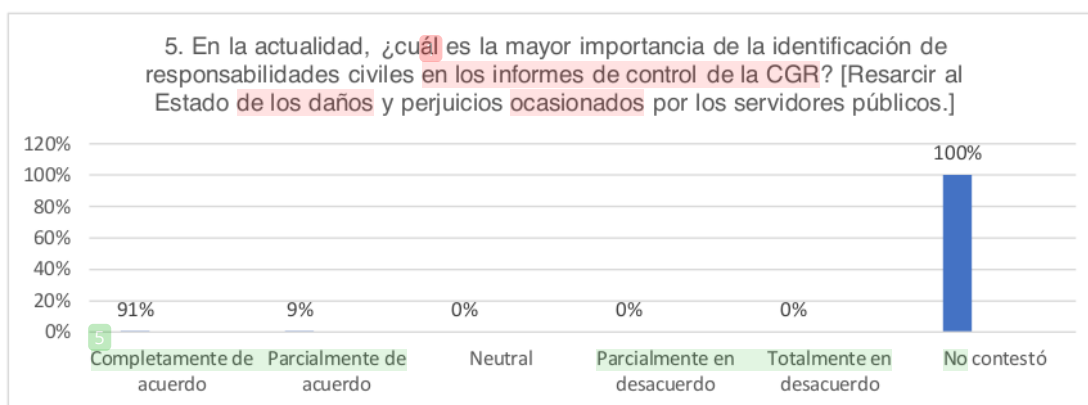


Gráfico 4.5 Importancia del resarcimiento de los daños ocasionados por los servidores

Los expertos encuestados confirman por unanimidad estar de acuerdo o muy de acuerdo con la importancia de la identificación de responsabilidades en los informes de control pues de ello dependen los resultados favorables de los respectivos procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR y, por otro, guardan estrecha relación con la efectividad del resarcimiento, materia de este trabajo de investigación aplicada.

6. En la actualidad, ¿cuál es la mayor importancia de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Reducir la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	6. En la actualidad, ¿cuál es la mayor importancia de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Reducir la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado.]
Completamente de acuerdo	7 64%
Parcialmente de acuerdo	2 18%
Neutral	1 9%
Parcialmente en desacuerdo	0 0%
Totalmente en desacuerdo	1 9%
No contestó	0 0%
<b>TOTAL</b>	<b>11 100%</b>

Tabla 4.6 Importancia de la reducción de la impunidad de los servidores públicos

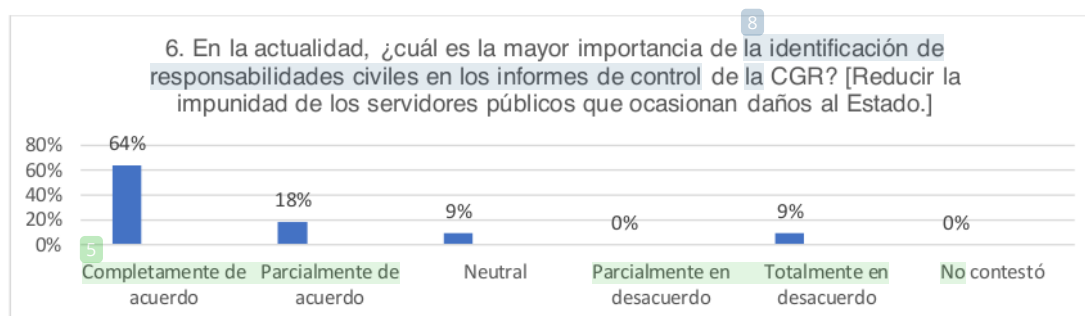


Gráfico 4.6 Importancia de la reducción de la impunidad de los servidores públicos

Solo un 9% de los encuestados no considera que la importancia de los informes de control es reducir la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado, en contra de la opinión de la mayoría. Ello demuestra la tendencia sancionadora de los procesos a cargo de la PP-CGR, no limitada a un resarcimiento económico sino extendida a disuadir conductas ilícitas o dañosas contra el Estado.

7. En la actualidad, ¿cuál es la mayor importancia de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Colaborar con la gestión de las entidades víctimas de daños ocasionados por los servidores.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	7. En la actualidad, ¿cuál es la mayor importancia de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Colaborar con la gestión de las entidades víctimas de daños ocasionados por los servidores.]
Completamente de acuerdo	4 36%
Parcialmente de acuerdo	5 46%
Neutral	1 9%
Parcialmente en desacuerdo	1 9%
Totalmente en desacuerdo	0 0%
No contestó	0 0%
<b>TOTAL</b>	<b>11 100%</b>

Tabla 4.7 Importancia de la colaboración de la CGR con la gestión de las entidades



Gráfico 4.7 Importancia de la colaboración de la CGR con la gestión de las entidades

Se puede observar que el 82% de los abogados procesalistas considera que la identificación de responsabilidades en los informes de control colabora con la gestión de las entidades víctimas de los daños ocasionados por sus servidores públicos. Se puede relevar el efecto disuasorio y, a la vez, el provecho del resarcimiento para mitigar los daños causados.

8. En la actualidad, ¿cuál es la mayor importancia de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Eleva la confianza de la ciudadanía en la CGR.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	8. En la actualidad, ¿cuál es la mayor importancia de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Eleva la confianza de la ciudadanía en la CGR.]
Completamente de acuerdo	10 91%
Parcialmente de acuerdo	1 9%
Neutral	0 0%
Parcialmente en desacuerdo	0 0%
Totalmente en desacuerdo	0 0%
No contestó	0 0%
<b>TOTAL</b>	<b>11 100%</b>

Tabla 4.8 Importancia de elevar la confianza de la ciudadanía

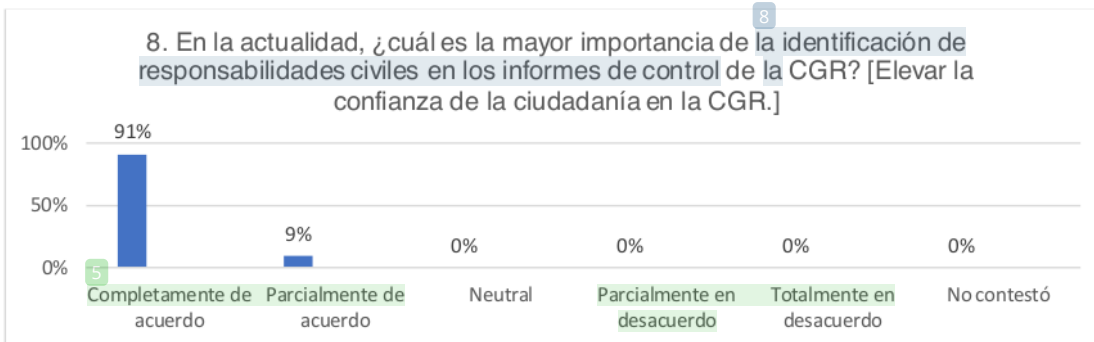


Gráfico 4.8 Importancia de elevar la confianza de la ciudadanía

El 91% de los encuestados coincide en la importancia de los informes de control para elevar la confianza ciudadana en el ente rector de control, lo cual conlleva a optimizar esta herramienta en beneficio del derecho, en la medida que los resultados sean efectivos, claro está.

9. ¿Cuál es el rol de la Procuraduría Pública en materia de responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR? [Iniciar las acciones legales para el cobro de las respectivas sumas indemnizatorias.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	9. ¿Cuál es el rol de la Procuraduría Pública en materia de responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR? [Iniciar las acciones legales para el cobro de las respectivas sumas indemnizatorias.]	
Completamente de acuerdo	11	100%
Parcialmente de acuerdo	0	0%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.9 Rol de inicio de acciones legales por la PP-CGR

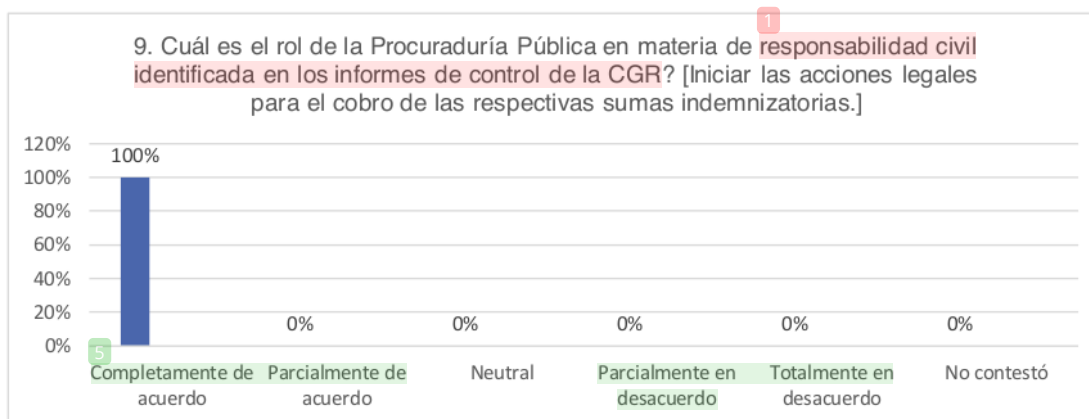


Gráfico 4.9 Rol de inicio de acciones legales por la PP-CGR

Existe total unanimidad de los encuestados respecto al rol de la PP-CGR en el <sup>14</sup> inicio de las acciones legales para el cobro de las indemnizaciones a favor del Estado señaladas en los informes de control, las cuales se sustentan en los informes de control, lo cual releva la importancia de estos últimos.

10. ¿Cuál es el rol de la Procuraduría Pública en materia de <sup>1</sup> responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR? [Obtener resultados firmes y favorables en los respectivos procesos de indemnización.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	<b>10. Cuál es el rol de la Procuraduría Pública en materia de responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR? [Obtener resultados firmes y favorables en los respectivos procesos de indemnización.]</b>	
Completamente de acuerdo	10	91%
Parcialmente de acuerdo	1	9%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo <sup>3</sup>	0	0%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.10 Rol de la PP-CGR de obtener resultados favorables

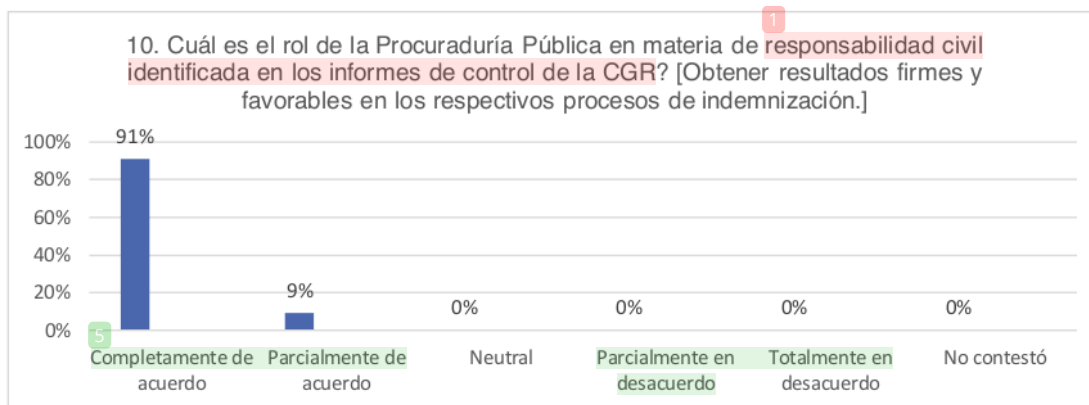


Gráfico 4.10 Rol de la PP-CGR de obtener resultados favorables

En línea con la anterior respuesta, el 91% de los abogados expertos están completamente de acuerdo en la importancia de obtener resultados firmes y favorables, como una premisa para lograr el resarcimiento de los daños ocasionados al Estado.

11. ¿Cuál es el rol de la Procuraduría Pública en materia de responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR? [Adoptar medidas para garantizar el pago de las respectivas sumas indemnizatorias.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	11. Cuál es el rol de la Procuraduría Pública en materia de responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR? [Adoptar medidas para garantizar el pago de las respectivas sumas indemnizatorias.]	
Completamente de acuerdo	7	64%
Parcialmente de acuerdo	3	27%
Neutral	1	9%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.11 Rol de la PP-CGR de adoptar medidas cautelares

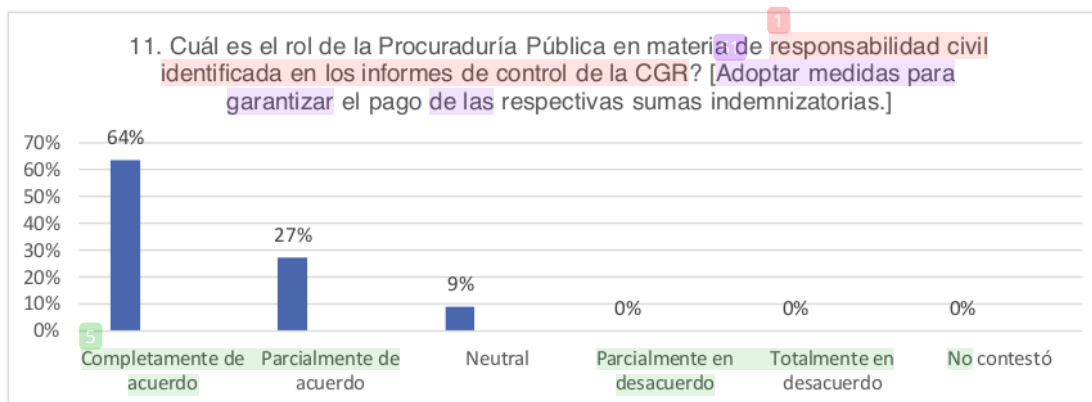


Gráfico 4.11 Rol de la PP-CGR de adoptar medidas cautelares

Se puede apreciar que el 91% de los encuestados está parcial o totalmente de acuerdo con la necesidad de adoptar medidas para garantizar el pago de las sumas sentenciadas,

bajo la lógica de evitar victorias pírricas, esto es, ganar los casos, pero no cobrarlos en la etapa de ejecución de sentencia.

12. ¿Cuál es el rol de la Procuraduría Pública en materia de responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR? [Cobrar las respectivas sumas indemnizatorias en ejecución de sentencia.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	12. ¿Cuál es el rol de la Procuraduría Pública en materia de responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR? [Cobrar las respectivas sumas indemnizatorias en ejecución de sentencia.]	
Completamente de acuerdo	3	27%
Parcialmente de acuerdo	4	36%
Neutral	4	36%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.12 Rol de la PP-CGR de cobrar las sumas sentenciadas

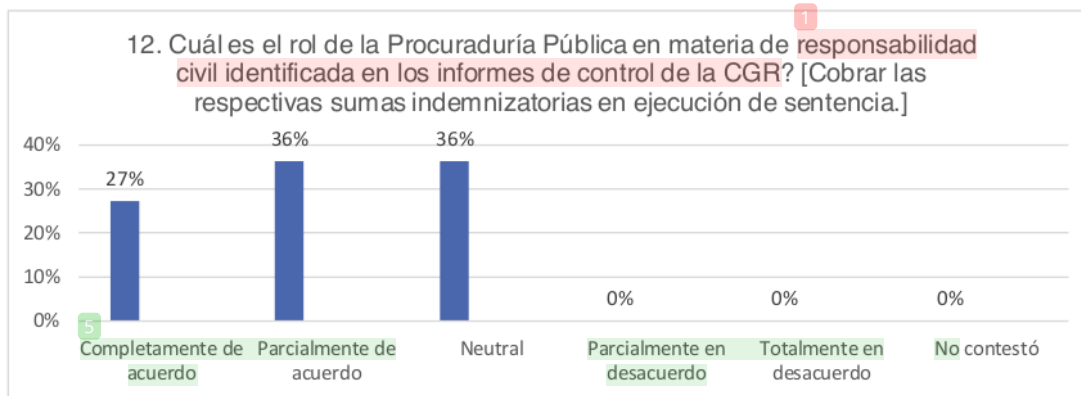


Gráfico 4.12 Rol de la PP-CGR de cobrar las sumas sentenciadas

La información obtenida permite apreciar que ninguno de los abogados expertos considera que no forma parte del rol de la PP-CGR cobrar las respectivas sumas

indemnizatorias en ejecución de sentencia, sin embargo, una cuarta parte de los encuestados se mantiene neutral respecto a este enunciado, lo cual evidencia la necesidad de alinear objetivos y articular los resultados de los juicios indemnizatorios con los impactos en la ciudadanía.

13. ¿Cuáles son las razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [Los servidores públicos carecen de patrimonio.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	13. ¿Cuáles son las razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [Los servidores públicos carecen de patrimonio.]	
Completamente de acuerdo	4	36%
Parcialmente de acuerdo	5	45%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo	1	9%
Totalmente en desacuerdo	1	9%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.13 Solvencia de los servidores públicos ante medidas cautelares

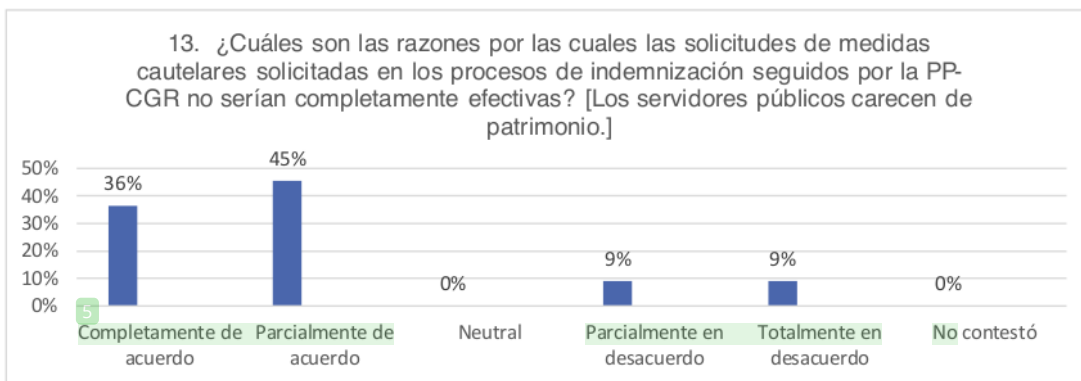


Gráfico 4.13 Solvencia de los servidores públicos ante medidas cautelares

Se puede apreciar que el 81% de los abogados expertos de la PP-CGR considera como una de las principales razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares son infructuosas es por la escasa solvencia de los funcionarios y servidores públicos demandados, lo cual constituye el contenido de una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación.

14. ¿Cuáles son las razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [Los servidores encubren fraudulentamente su patrimonio.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	14. ¿Cuáles son las razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [Los servidores encubren fraudulentamente su patrimonio.]	
Completamente de acuerdo	8	73%
Parcialmente de acuerdo	2	18%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo	1	9%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.14 Encubrimiento fraudulento de patrimonio de los servidores públicos

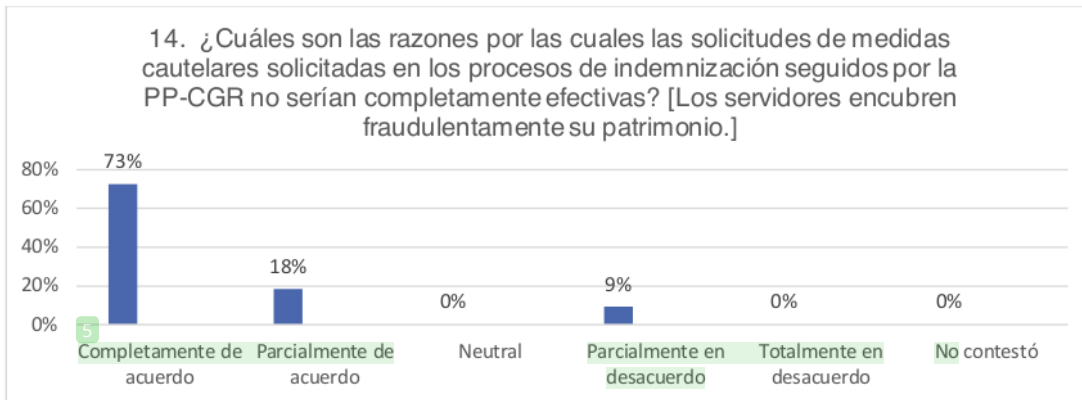


Gráfico 4.14 Encubrimiento fraudulento de patrimonio de los servidores públicos

El 91% de los abogados encuestados consideran al encubrimiento fraudulento de bienes como una de las principales razones por las cuales son infructuosas las solicitudes de medidas cautelares en los procesos indemnizatorios, lo cual afecta las posibilidades de lograr finalmente el resarcimiento de las sumas sentenciadas.

15. ¿Cuáles son las razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [El procedimiento judicial/registral es engorroso.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	15. ¿Cuáles son las razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [El procedimiento judicial/registral es engorroso.]	
Completamente de acuerdo	4	36%
Parcialmente de acuerdo	4	36%
Neutral	1	9%
Parcialmente en desacuerdo	1	9%
Totalmente en desacuerdo	1	9%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.15 Limitaciones del procedimiento judicial/registral para trabar medidas cautelares

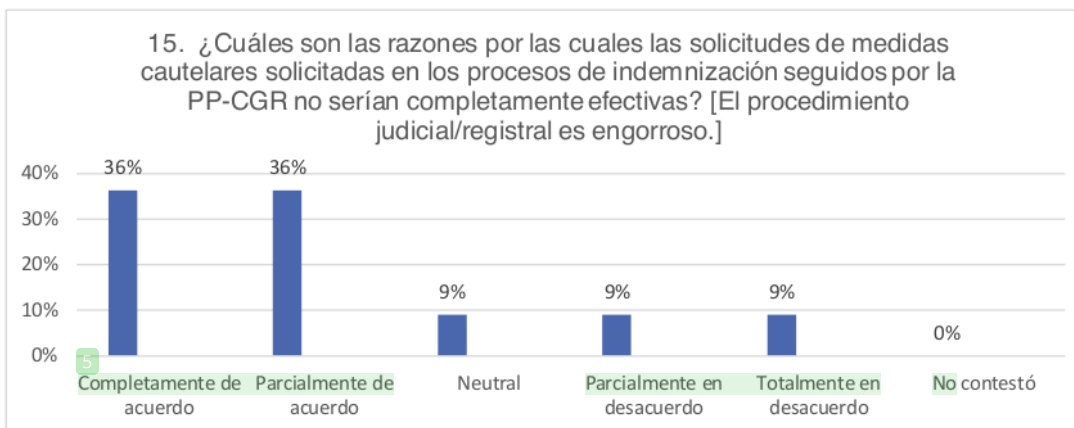


Gráfico 4.15 Limitaciones del procedimiento judicial/registral para trabar medidas cautelares

Un 18% de los expertos encuestados están parcial o totalmente en desacuerdo con aceptar los procedimientos judiciales o registrales como engorrosos, mientras que un 76% sí está de acuerdo con este enunciado. Hemos demostrado en este trabajo de investigación que prima la insolvencia y el ocultamiento fraudulentos de bienes como parte relevante del problema, pero no se puede desconocer que el marco legal de los citados procedimientos también impacta en los resultados finales.

16. ¿Cuáles son las razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [No es prioridad para la PP-CGR.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	16. ¿Cuáles son las razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [No es prioridad para la PP-CGR.]	
Completamente de acuerdo	4	36%
Parcialmente de acuerdo	3	27%
Neutral	2	18%

Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	2	18%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.16 Prioridad de la adopción de medidas cautelares para la PP-CGR

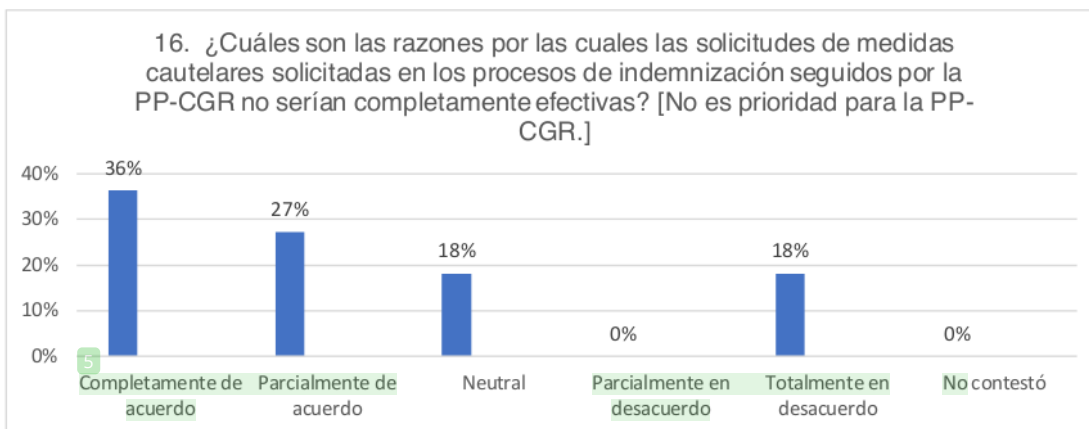


Gráfico 4.16 Prioridad de la adopción de medidas cautelares para la PP-CGR

Se puede apreciar que solo un 18% de los encuestados está en total desacuerdo con este enunciado, lo cual llama la atención sobre el conocimiento de las obligaciones de la PP-CGR por parte de los abogados expertos. Una mayoría, por el contrario, está parcial o totalmente de acuerdo en considerar que la escasa efectividad de las medidas cautelares es porque la unidad no las prioriza, lo cual podría ser resultado de los reiterados resultados negativos al respecto.

17. ¿Cuáles son las razones por las cuales el cobro de las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [Los servidores públicos carecen de patrimonio.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	17. ¿Cuáles son las razones por las cuales el cobro de las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [Los servidores públicos carecen de patrimonio.]

Completamente de acuerdo	4	36%
Parcialmente de acuerdo	5	45%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo	1	9%
Totalmente en desacuerdo	1	9%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.17 Solvencia de los servidores públicos para pagar las sumas sentenciadas

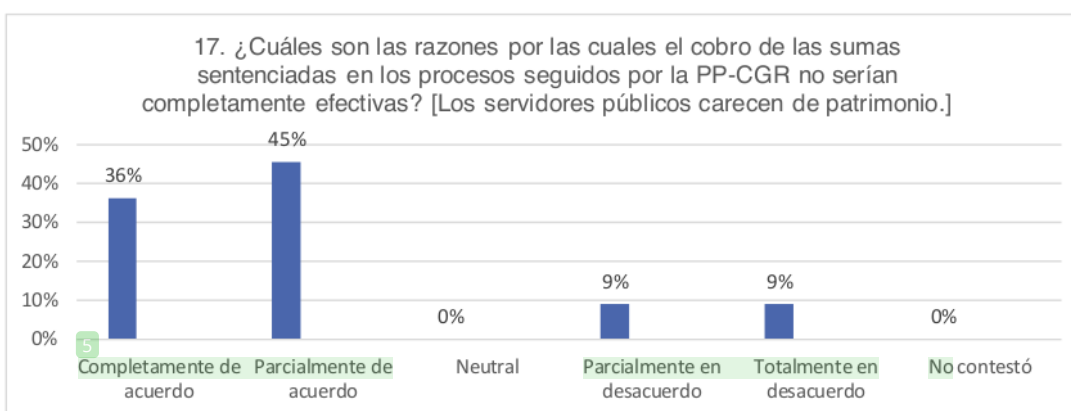


Gráfico 4.17 Solvencia de los servidores públicos para pagar las sumas sentenciadas

Se puede apreciar que el 81% de los abogados encuestados están parcial o totalmente de acuerdo en que la insolvencia de los servidores públicos es una razón importante para restarle efectividad al cobro de las sumas sentenciadas. Ello demuestra nuestra respectiva hipótesis específica que obliga a buscar otras alternativas de solución.

18. ¿Cuáles son las razones por las cuales el cobro de las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [Los servidores encubren fraudulentamente su patrimonio.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	18. ¿Cuáles son las razones por las cuales el cobro de las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [Los servidores encubren fraudulentamente su patrimonio.]

Completamente de acuerdo	7	64%
Parcialmente de acuerdo	3	27%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo	1	9%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.18 Encubrimiento fraudulento del patrimonio de los servidores ante sumas sentenciadas

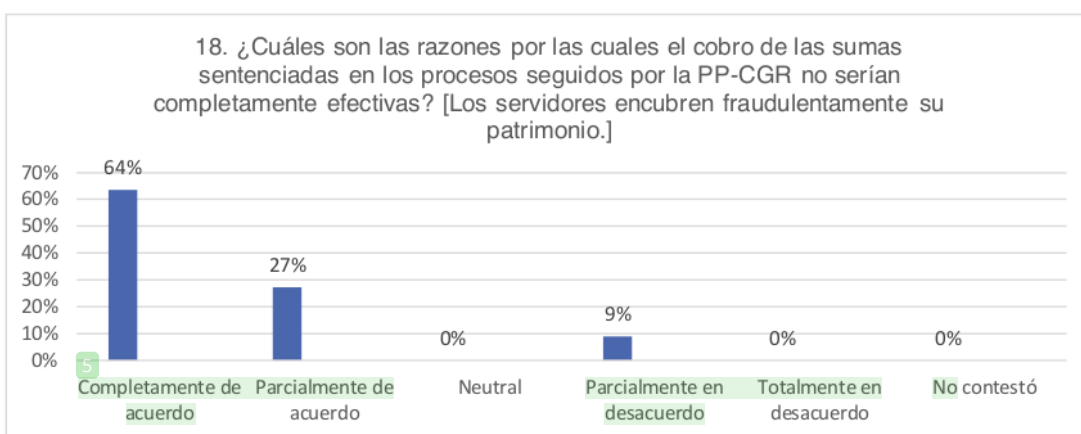


Gráfico 4.18 Encubrimiento fraudulento del patrimonio de los servidores ante sumas sentenciadas

Respecto a este enunciado, se puede apreciar que el 91% de los abogados encuestados están parcial o totalmente de acuerdo en que el ocultamiento fraudulento de los bienes por parte de los servidores públicos sentenciados influye de manera significativa en la efectividad del cobro de las sumas sentenciadas. Ello complementa nuestra respectiva hipótesis específica sobre las dificultades existentes para lograr un adecuado resarcimiento de los daños ocasionados al Estado, lo cual sustenta la necesidad de buscar otras alternativas de solución.

19. ¿Cuáles son las razones por las cuales el cobro de las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [El procedimiento judicial/registral para la ejecución de la sentencia es engorroso.]

<b>PREGUNTAS Y RESPUESTAS</b>
-------------------------------

Alternativas	19. ¿Cuáles son las razones por las cuales el cobro de las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [El procedimiento judicial/registral para la ejecución de la sentencia es engorroso.]	
Completamente de acuerdo	4	36%
Parcialmente de acuerdo	4	36%
Neutral	2	18%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	1	9%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.19 Limitaciones del proceso judicial/registral para cobrar sumas sentenciadas

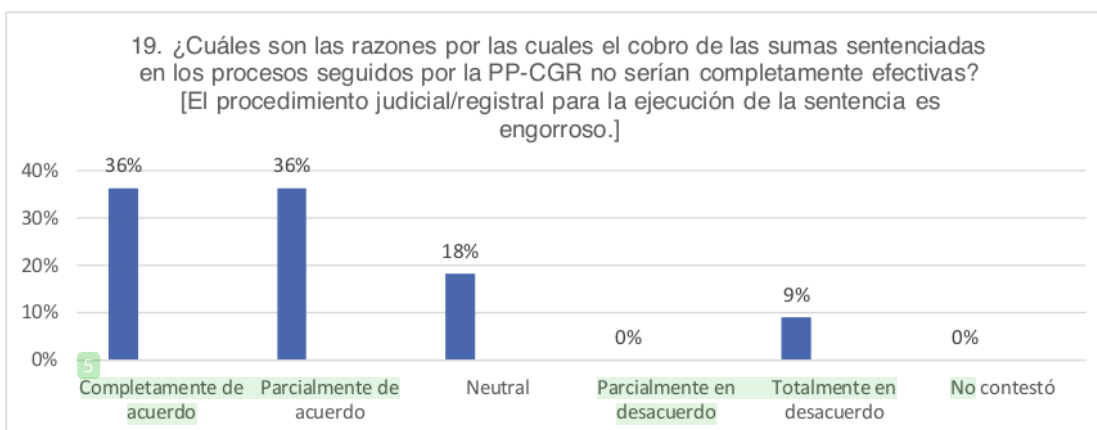


Gráfico 4.19 Limitaciones del proceso judicial/registral para cobrar sumas sentenciadas

Solo un 9% de los abogados encuestados discrepa con este enunciado, mientras que la mayoría lo apoya. La ineffectividad del cobro de las sumas sentenciadas es multicausal, pero uno de los factores importantes es la complejidad procedimental para la ejecución, lo cual se constituye en una oportunidad de mejora.

20. ¿Cuáles son las razones por las cuales el cobro de las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [No es prioridad para la PP-CGR.]

	<b>PREGUNTAS Y RESPUESTAS</b>
--	-------------------------------

Alternativas	19. ¿Cuáles son las razones por las cuales el cobro de las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas? [No es prioridad para la PP-CGR.]	
Completamente de acuerdo	4	36%
Parcialmente de acuerdo	3	27%
Neutral	2	18%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	2	18%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.20 Prioridad del cobro de las sumas sentenciadas para la PP-CGR

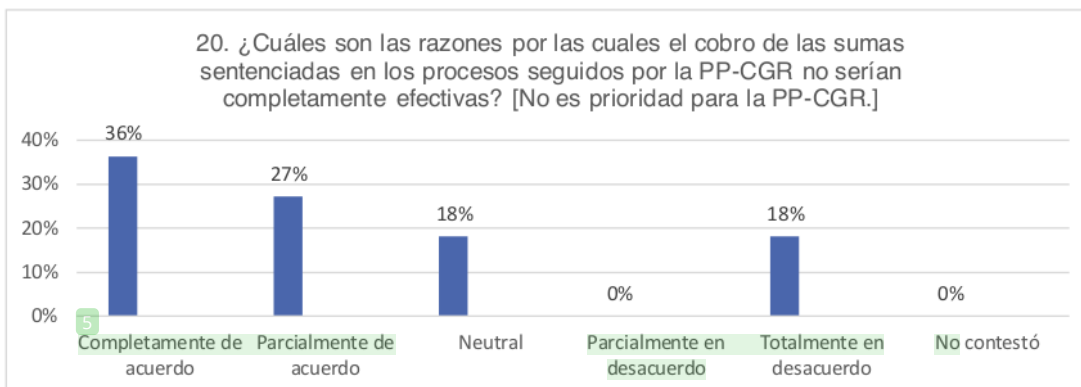


Gráfico 4.20 Prioridad del cobro de las sumas sentenciadas para la PP-CGR

Se puede apreciar que, pese a la necesidad de resarcir de manera efectiva al Estado por los daños y perjuicios que le han sido ocasionados, un 63% de los encuestados considera que ello no es prioritario para la Procuraduría Pública, lo cual genera cierta sorpresa y obliga a posteriores análisis, sin perjuicio de las políticas internas que debe fijar la jefatura de dicha unidad orgánica para alinear los objetivos de sus profesionales con los objetivos institucionales y la cadena de valor en la lucha contra la corrupción. Una explicación para dicha posición pasiva podría ser la actual práctica de remitir los actuados en ejecución de sentencia a las entidades directamente afectadas.

21. ¿Qué medidas considera se podrían adoptar para que los funcionarios y servidores públicos, cumplan con pagar las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR? (motivación positiva o negativa) [Obligarles a constituir una previa garantía o caución para el ejercicio de sus funciones.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	21. Obligarles a constituir una previa garantía o caución para el ejercicio de sus funciones
Completamente de acuerdo	4 36%
Parcialmente de acuerdo	3 27%
Neutral	1 9%
Parcialmente en desacuerdo	2 18%
Totalmente en desacuerdo	1 9%
No contestó	0 0%
<b>TOTAL</b>	<b>11 100%</b>

Tabla 4.21 Constitución de garantía previa para el ejercicio de las funciones

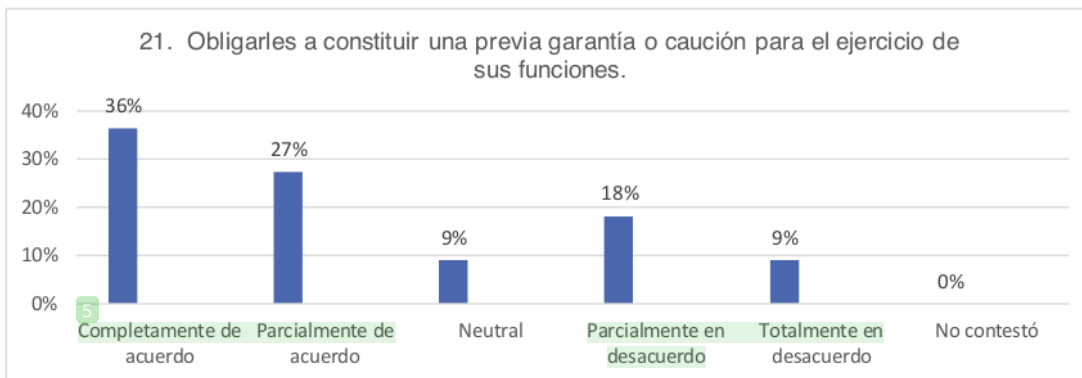


Gráfico 4.21 Constitución de garantía previa para el ejercicio de las funciones

Un 63% de los expertos encuestados están parcial o totalmente de acuerdo con esta posibilidad, lejos de llegar a una unanimidad o, por lo menos, una amplia mayoría. La viabilidad operativa de la medida sugerida en un Estado con un millón de servidores públicos es un gran desafío.

22. ¿Qué medidas considera se podrían adoptar para que los funcionarios y servidores públicos, cumplan con pagar las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR? (motivación positiva o negativa) [Obligarles a constituir una garantía o caución posterior para poder continuar en el ejercicio de sus funciones.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	22. Obligarles a constituir una garantía o caución posterior para poder continuar en el ejercicio de sus funciones.	
Completamente de acuerdo	5	45%
Parcialmente de acuerdo	3	27%
Neutral	3	27%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.22 Constitución de garantía posterior para poder continuar en el ejercicio de funciones

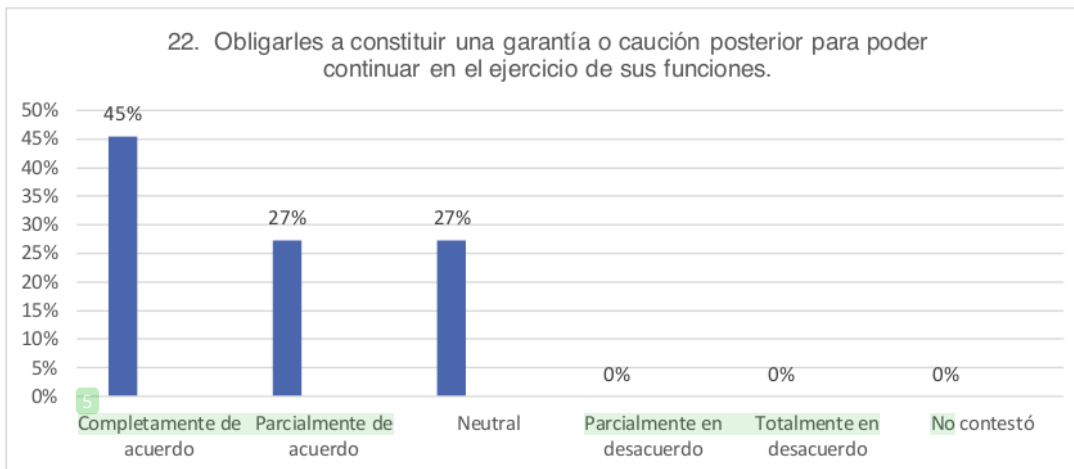


Gráfico 4.22 Constitución de garantía posterior para poder continuar en el ejercicio de funciones. Se puede apreciar que ninguno de los expertos encuestados discrepa con esta alternativa que, en teoría, permitiría garantizar el pago de las sumas sentenciadas. Por

el contrario, el 72% están parcial o totalmente de acuerdo, lo cual hace que esta medida sea una opción interesante.

23. ¿Qué medidas considera se podrían adoptar para que los funcionarios y servidores públicos, cumplan con pagar las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR? (motivación positiva o negativa) [Separarlos del cargo -sin goce de haber- hasta que cumplan con pagar la suma sentenciada.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	23. Separarlos del cargo -sin goce de haber- hasta que cumplan con pagar la suma sentenciada.
Completamente de acuerdo	3 27%
Parcialmente de acuerdo	1 9%
Neutral	1 9%
Parcialmente en desacuerdo	2 18%
Totalmente en desacuerdo	4 36%
No contestó	0 0%
<b>TOTAL</b>	<b>11 100%</b>

Tabla 4.23 Separación del cargo hasta que deudores cumplan con pagar suma sentenciada

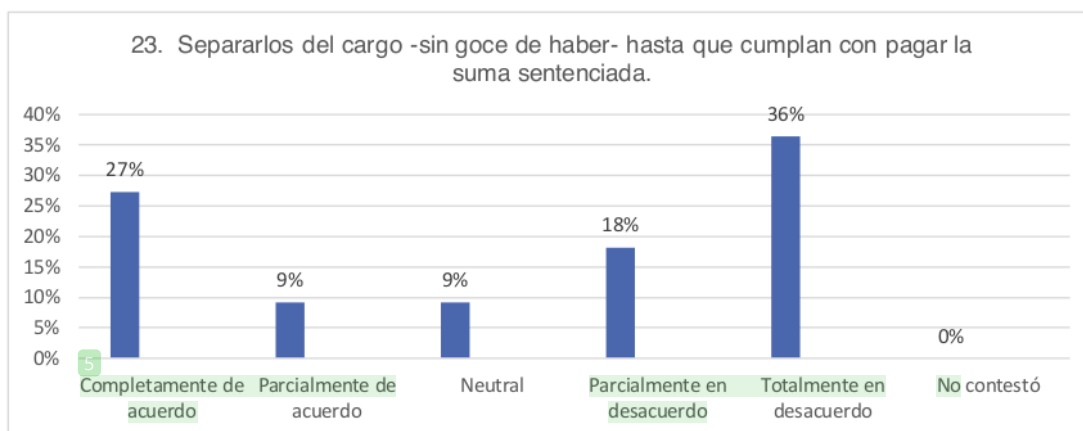


Gráfico 4.23 Separación del cargo hasta que deudores cumplan con pagar suma sentenciada

Un 54% de los expertos encuestados están parcial o totalmente en desacuerdo con esta opción, que solo es aprobada por un 36% del total de los abogados procesalistas. La sustentación teórica puede generar dificultades, más aún, atendiendo al derecho fundamental de acceso al trabajo inherente a cualquier servidor público y a la jurisprudencia vigente del Órgano Jurisdiccional.

24. ¿Qué medidas considera se podrían adoptar para que los funcionarios y servidores públicos, cumplan con pagar las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR? (motivación positiva o negativa) [Iniciarles un proceso de insolvencia y posterior declaratoria de quiebra.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	24. Iniciarles un proceso de insolvencia y posterior declaratoria de quiebra.	
Completamente de acuerdo	4	36%
Parcialmente de acuerdo	3	27%
Neutral	2	18%
Parcialmente en desacuerdo	1	9%
Totalmente en desacuerdo	1	9%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.24 Inicio de proceso de insolvencia contra deudores morosos

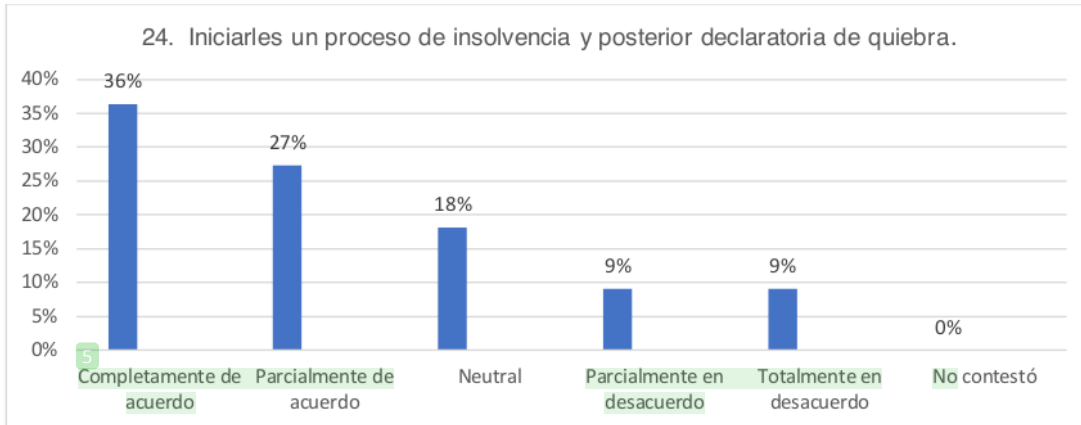


Gráfico 4.24 Inicio de proceso de insolvencia contra deudores morosos

Solo un 18% de los encuestados está parcial o totalmente en desacuerdo con esta medida que puede actuar como un disuasivo para el antes mencionado ocultamiento fraudulento de los bienes de los servidores públicos sentenciados, por lo cual constituye una opción interesante sujeta a posterior análisis de viabilidad, eficiencia y eficacia.

25. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR? [Incluir en los informes de control que identifican responsabilidad civil a los contratistas que hayan coadyuvado con los servidores públicos en generar daño al Estado, previa modificación del marco legal vigente.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	25. Incluir en los informes de control que identifican responsabilidad civil a los contratistas que hayan coadyuvado con los servidores públicos en generar daño al Estado, previa modificación del marco legal vigente.	
Completamente de acuerdo	9	82%
Parcialmente de acuerdo	2	18%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%

Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.25 Inclusión de contratistas como civilmente responsables en los informes de control

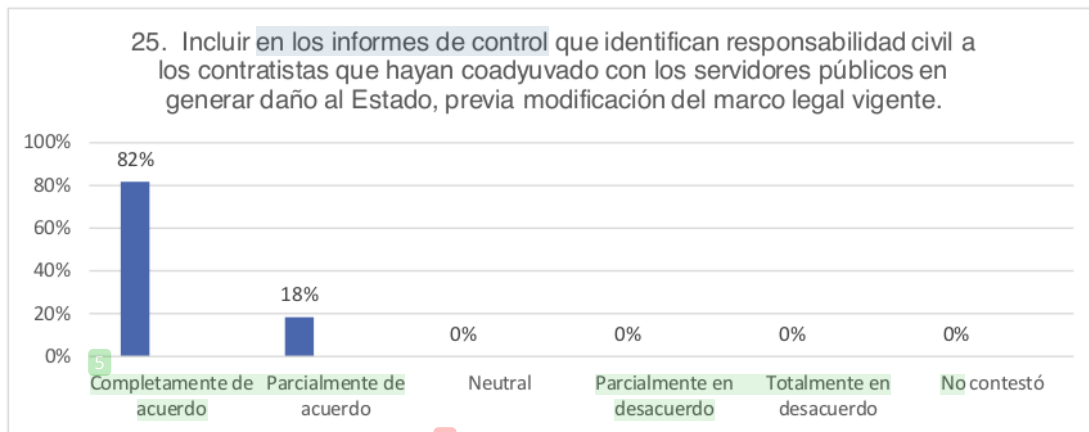


Gráfico 4.25 Inclusión de contratistas como civilmente responsables en los informes de control

De manera unánime los expertos abogados encuestados coinciden en señalar que una medida que se podría implementar para mejorar la efectividad del cobro de las sumas sentenciadas es incluir a los contratistas en los informes de control como civilmente responsables, previa modificación del marco legal vigente. Ello confirma nuestra hipótesis general y una de las hipótesis específicas como alternativa válida y cuya incorporación en la normativa de control requiere un desarrollo integral y una clara oportunidad de mejora.

26. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR? [Otorgar un porcentaje del cobro efectivo a la CGR, previa modificación del marco legal vigente.]

	<b>PREGUNTAS Y RESPUESTAS</b>
--	-------------------------------

Alternativas	26. Otorgar un porcentaje del cobro efectivo a la CGR, previa modificación del marco legal vigente.	
Completamente de acuerdo	6	55%
Parcialmente de acuerdo	3	27%
Neutral	1	9%
Parcialmente en desacuerdo	1	9%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.26 Otorgamiento de porcentaje de cobro efectivo a la PP-CGR

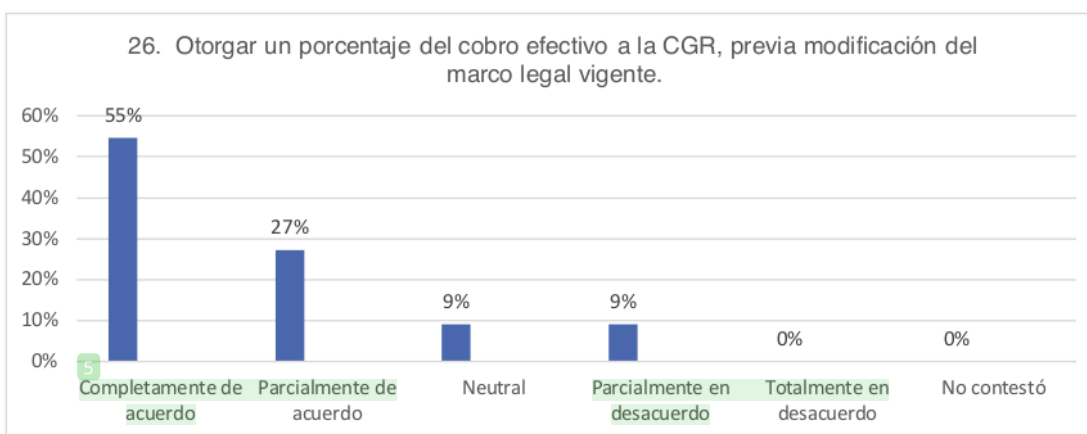


Gráfico 4.26 Otorgamiento de porcentaje de cobro efectivo a la PP-CGR

Se puede apreciar que un 82% de los abogados encuestados están parcial o totalmente de acuerdo con otorgar un porcentaje de lo recuperado a la PP-CGR, como hasta hace poco era un privilegio de la Procuraduría Pública anticorrupción respecto a las reparaciones civiles señaladas en los procesos penales a su cargo. Esta alternativa no solo implica un cambio del marco legal sino, sobre todo, enfrentar el conocido problema de la insolvencia de los deudores del Estado o el ocultamiento fraudulento de sus bienes.

27. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de

indemnización seguidos por la PP-CGR? [Afectar el presupuesto de las entidades públicas que no hubiesen detectado y accionado contra los presuntamente responsables de los daños y perjuicios que le han ocasionado sus servidores públicos, previa modificación del marco legal vigente.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	27. Afectar el presupuesto de las entidades públicas que no hubiesen detectado y accionado contra los presuntamente responsables de los daños y perjuicios que le han ocasionado sus servidores públicos, previa modificación del marco legal vigente.	
Completamente de acuerdo	4	36%
Parcialmente de acuerdo	2	18%
Neutral	2	18%
Parcialmente en desacuerdo	1	9%
Totalmente en desacuerdo	2	18%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.27 Afectación de presupuesto de entidades negligentes

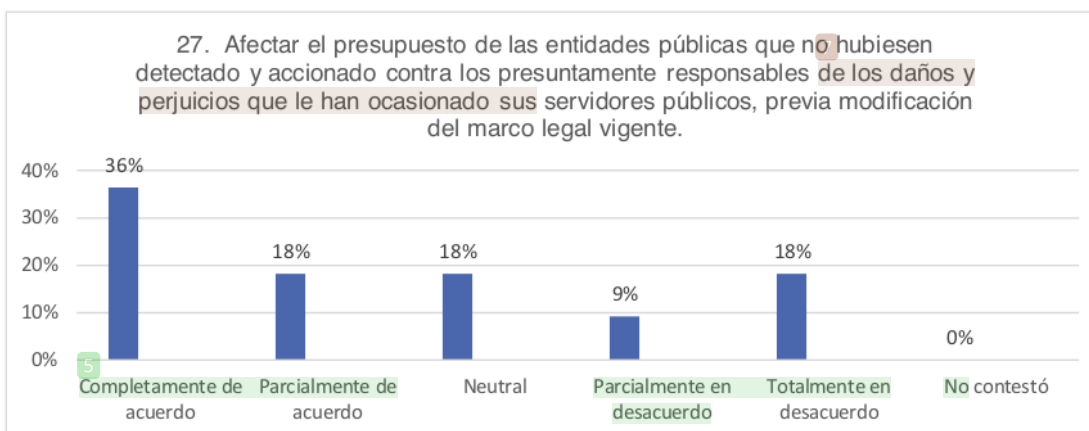


Gráfico 4.27 Afectación de presupuesto de entidades negligentes

Solo un 54% de los expertos encuestados están parcial o totalmente de acuerdo con esta opción, que existe en otras latitudes. Aparte de la necesidad de modificar el marco legal vigente, esta alternativa agudiza el problema de los ciudadanos que tienen el derecho a mejores servicios públicos y a una mayor asignación presupuestaria para tal efecto, reducida por la conducta dolosa o culposa de sus autoridades.

28. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR? [Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades directamente afectadas.]

<b>PREGUNTAS Y RESPUESTAS</b>		
<b>Alternativas</b>	28. Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades directamente afectadas.	
Completamente de acuerdo	5	45%
Parcialmente de acuerdo	3	27%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo	1	9%
Totalmente en desacuerdo	2	18%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.28 Derivación de cobranzas a entidades directamente afectadas

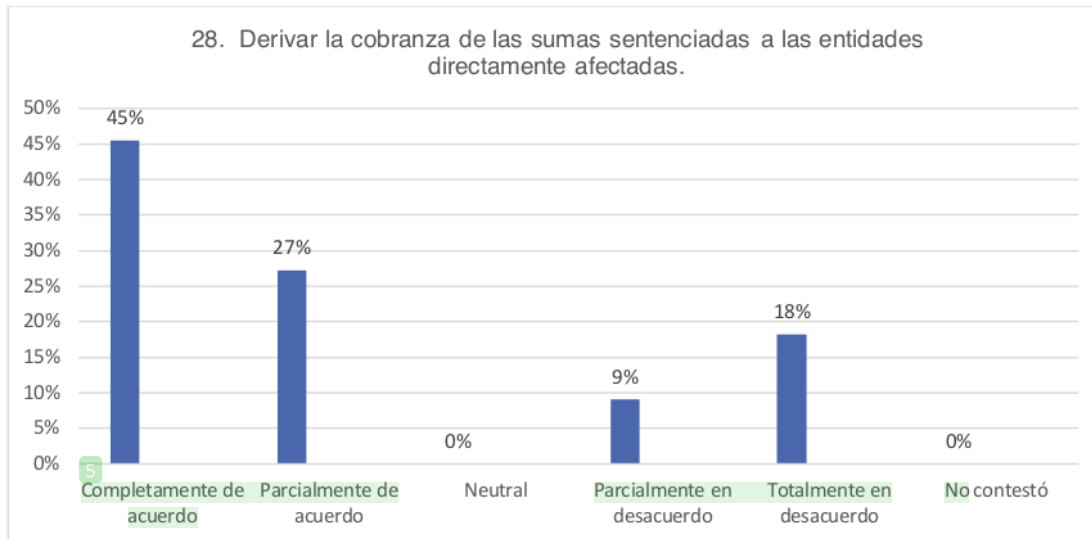


Gráfico 4.28 Derivación de cobranzas a entidades directamente afectadas

Un 72% de los encuestados se encuentra conforme con esta alternativa que, en la práctica, se viene haciendo en la mayoría de los casos ganados por la PP-CGR y que reduce el trabajo de la procuraduría. Sin embargo, no demuestra que ello haya mejorado la efectividad de la cobranza de las sumas sentenciadas ni que pueda superar el falso espíritu de cuerpo que existe, en algunos o muchos casos, entre los servidores públicos que laboran en la misma entidad; aparte de la pérdida de la trazabilidad de lo actuado en ejecución de sentencia para colaborar con la respectiva cadena de valor.

### 4.3 DIMENSIÓN II

Esta sección describe e interpreta las respuestas a cinco preguntas con alternativas múltiples que forman parte de la segunda dimensión de la encuesta dirigida a expertos en control gubernamental, conforme se indica a continuación.

1. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Promover la correcta utilización de los recursos y bienes del Estado.]

Alternativas	1. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Promover la correcta utilización de los recursos y bienes del Estado.]
--------------	--

Completamente de acuerdo	33	79%
Parcialmente de acuerdo	5	12%
Neutral	0	0%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	4	10%
No contestó	0	0%
TOTAL	42	100%

Tabla 4.29 Importancia de promover la correcta utilización de los recursos y bienes del Estado

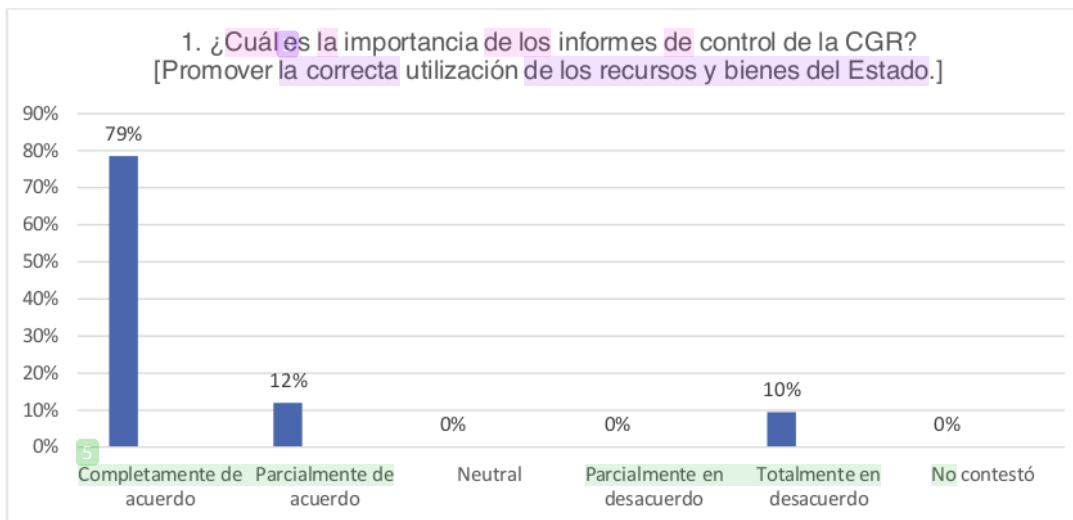


Gráfico 4.29 Importancia de promover la correcta utilización de los recursos y bienes del Estado

Se puede apreciar que un 91% de los encuestados expertos en control gubernamental está de acuerdo o muy de acuerdo con la opción mencionada respecto a la finalidad de los informes de control. La correcta utilización de los recursos y bienes del Estado es la premisa para que se fortalezcan dichos instrumentos de lucha contra la corrupción e ineficiencia a fin de lograr un verdadero impacto en la ciudadanía en el resarcimiento de los daños ocasionados al tesoro público, lo cual confirma uno de los planteamientos implícitos en una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada.

2. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Promover el desarrollo honesto de las funciones y actos de los servidores públicos.]

Alternativas	2. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Promover el desarrollo honesto de las funciones y actos de los servidores públicos.]	
Completamente de acuerdo	27	64%
Parcialmente de acuerdo	8	19%
Neutral	4	10%
Parcialmente en desacuerdo	2	5%
Totalmente en desacuerdo	1	2%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.30 Importancia de promover el desarrollo honesto de los servidores públicos

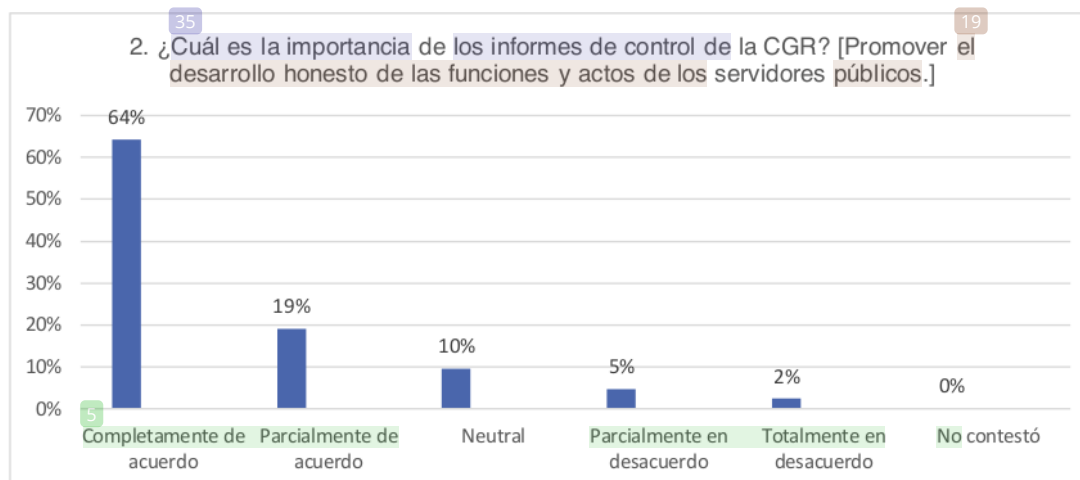


Gráfico 4.30 Importancia de promover el desarrollo honesto de los servidores públicos

Solo una minoría ascendente al 7% de los encuestados expertos en control gubernamental está en desacuerdo o muy en desacuerdo en que la promoción del desarrollo honesto de las funciones y actos de los servidores públicos sea una de las finalidades de los informes de control, mientras que un 83% está de acuerdo o muy de acuerdo con dicho enunciado. Si bien la respuesta no es tan contundente como en la opción anterior, sí implica un alto porcentaje de encuestados que entienden el impacto

que dichos instrumentos pueden generar en los funcionarios y servidores públicos para reducir la corrupción y la ineficiencia, objetivo de este trabajo de investigación aplicada, lo cual confirma uno de los planteamientos implícitos en una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada.

3. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Orientar a las entidades sujetas a control en el mejoramiento de sus actividades y servicios.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	3. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Orientar a las entidades sujetas a control en el mejoramiento de sus actividades y servicios.]	
Completamente de acuerdo	25	60%
Parcialmente de acuerdo	10	24%
Neutral	3	7%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	4	10%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.31 Importancia de orientar a las entidades en el mejoramiento de sus actividades

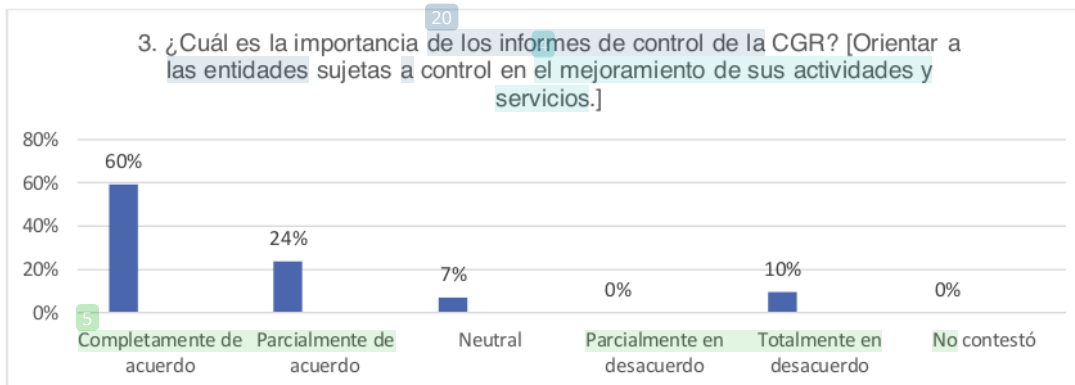


Tabla 4.31 Importancia de orientar a las entidades en el mejoramiento de sus actividades

Se puede apreciar que un 84% de los encuestados expertos en control gubernamental está de acuerdo o muy de acuerdo con la opción mencionada respecto a la finalidad de

los informes de control. La orientación a las entidades sujetas a control en el mejoramiento de sus actividades y servicios es importante para fortalecer la primera línea de defensa en la lucha contra la corrupción e ineficiencia en el sector público, a fin de mitigar los riesgos de daños al Estado, lo cual confirma uno de los planteamientos implícitos en una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada.

4. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Mitigar los riesgos de incumplimiento de metas y resultados de las entidades sujetas a control.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	4. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Mitigar los riesgos de incumplimiento de metas y resultados de las entidades sujetas a control.]	
Completamente de acuerdo	17	40%
Parcialmente de acuerdo	11	26%
Neutral	6	14%
Parcialmente en desacuerdo	3	7%
Totalmente en desacuerdo	5	12%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.32 Importancia de mitigar los riesgos de incumplimiento de metas de las entidades

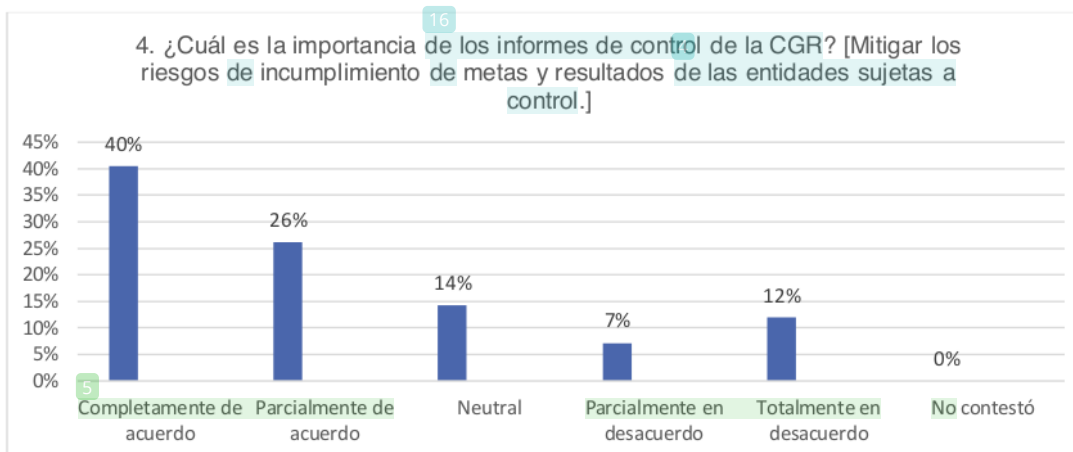


Gráfico 4.32 Importancia de mitigar los riesgos de incumplimiento de metas de las entidades

Un tercio de los encuestados expertos en control gubernamental no está de acuerdo y menos muy de acuerdo en que sea finalidad de los informes de control mitigar los riesgos de incumplimiento de metas y resultados de las entidades sujetas a control. Otros dos tercios sí están de acuerdo o muy de acuerdo. Las diferencias podrían estar en la posición que niega el rol de intervención de la CGR en la gestión, lo cual debe ser materia de precisiones para mejorar la cadena de valor a los ciudadanos.

5. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Señalar las responsabilidades que se pudieran haber identificado en una acción o servicio de control.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	5. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR? [Señalar las responsabilidades que se pudieran haber identificado en una acción o servicio de control.]	
Completamente de acuerdo	22	52%
Parcialmente de acuerdo	10	24%
Neutral	4	10%
Parcialmente en desacuerdo	3	7%
Totalmente en desacuerdo	3	7%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	42	100%

Tabla 4.33 Importancia de señalar responsabilidades identificadas en los informes de control

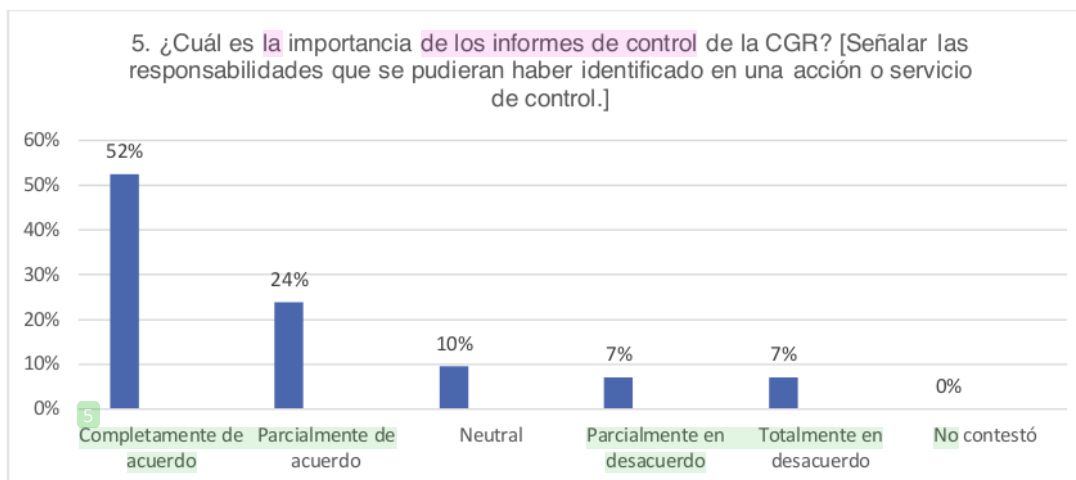


Gráfico 4.33 Importancia de señalar responsabilidades identificadas en los informes de control

Solo una minoría ascendente al 14% de los encuestados expertos en control gubernamental está en desacuerdo o muy en desacuerdo en que señalar las responsabilidades que se pudieran haber identificado en una acción o servicio de control sea una de las finalidades importantes de los informes de control. Esta posición no necesariamente niega la importancia de rol de la CGR en la cadena anticorrupción, promovido en este trabajo de investigación aplicada, sino que pondera más el rol orientador del ente rector en el uso de los recursos públicos y en el mejoramiento de sus servicios públicos.

6. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Reducir la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	6. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Reducir la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado.]	
Completamente de acuerdo	26	62%
Parcialmente de acuerdo	12	29%
Neutral	1	2%

Parcialmente en desacuerdo	1	2%
Totalmente en desacuerdo	2	5%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.34 Importancia de reducir la impunidad de los servidores públicos

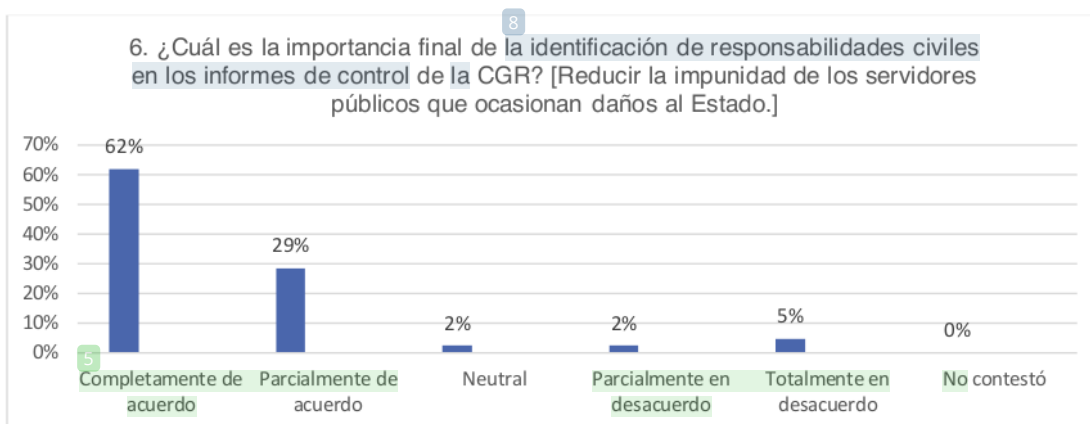


Gráfico 4.34 Importancia de reducir la impunidad de los servidores públicos

Se puede observar que un 91% de los encuestados expertos en control gubernamental está de acuerdo o muy de acuerdo con la importancia de la reducción de la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado, para lo cual constituyen una vital herramienta la etapa de identificación de responsabilidades de los informes de control, lo cual confirma uno de los planteamientos implícitos en una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada. La falta de sanción adecuada, reflejada en el escaso resarcimiento al Estado de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados, constituye uno de los principales objetivos de este trabajo de investigación aplicada y las propuestas de mejora que se formulan.

7. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	7. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR.]

Completamente de acuerdo	20	48%
Parcialmente de acuerdo	12	29%
Neutral	5	12%
Parcialmente en desacuerdo	3	7%
Totalmente en desacuerdo	2	5%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.35 Importancia de elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR

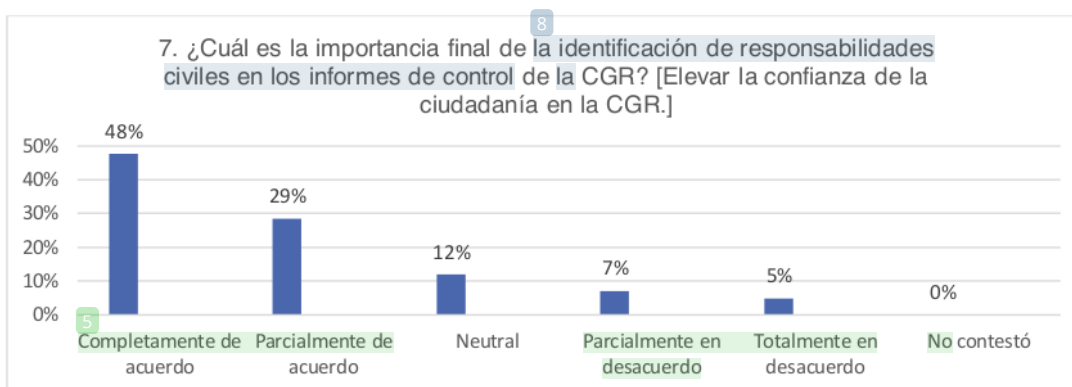


Gráfico 4.35 Importancia de elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR

Solo una minoría ascendente al 12% de los encuestados expertos en control gubernamental está en desacuerdo o muy en desacuerdo en que elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR sea una de las finalidades del señalamiento de responsabilidades en los informes de control. Por el contrario, una amplia mayoría sí subraya esta importancia pues comprende que la confianza de la ciudadanía en sus instituciones fortalece el Estado constitucional de derecho, uno de los objetivos de este trabajo de investigación aplicada.

8. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Resarcir al Estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos.]

	<b>PREGUNTAS Y RESPUESTAS</b>
--	-------------------------------

Alternativas	8. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Resarcir al Estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos.]	
Completamente de acuerdo	35	83%
Parcialmente de acuerdo	3	7%
Neutral	1	2%
Parcialmente en desacuerdo	1	2%
Totalmente en desacuerdo	2	5%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.36 Importancia de resarcir al Estado de los daños ocasionados por los servidores

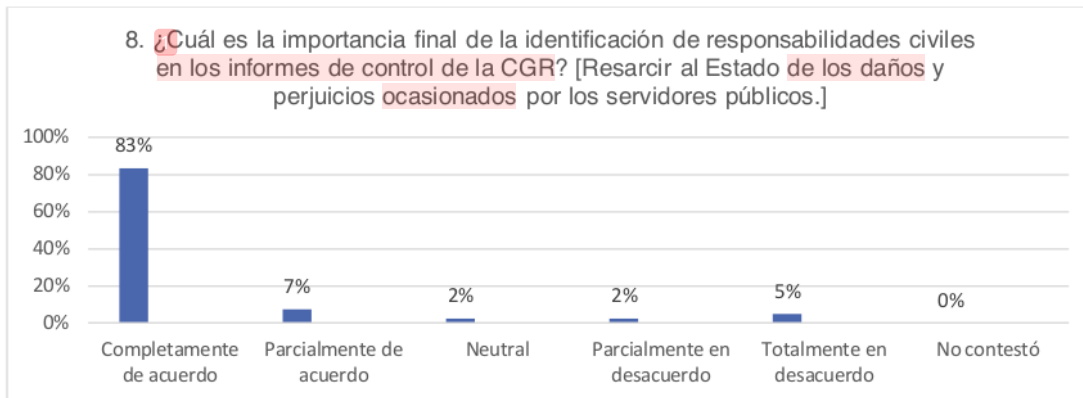


Gráfico 4.36 Importancia de resarcir al Estado de los daños ocasionados por los servidores

Se puede observar que un 90% de los encuestados expertos en control gubernamental está de acuerdo o muy de acuerdo con la importancia de resarcir al Estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos, mediante la identificación de responsabilidades de los informes de control. La mejora de dicho resarcimiento constituye uno de los principales objetivos de este trabajo de investigación aplicada.

9. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Colaborar con la gestión de las entidades víctimas de los daños ocasionados por los servidores.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	9. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Colaborar con la gestión de las entidades víctimas de los daños ocasionados por los servidores.]	
Completamente de acuerdo	13	31%
Parcialmente de acuerdo	14	33%
Neutral	7	17%
Parcialmente en desacuerdo	5	12%
Totalmente en desacuerdo	3	7%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.37 Importancia de colaborar con la gestión de las entidades afectadas

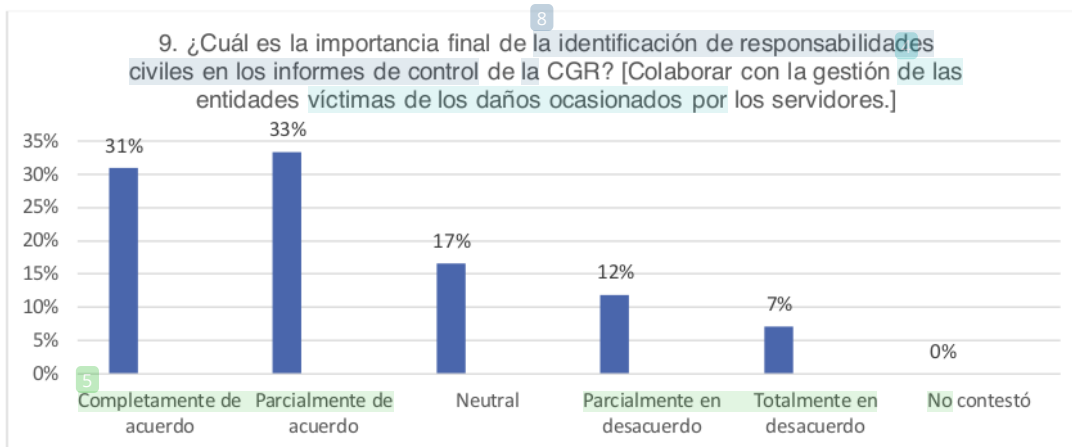


Gráfico 4.37 Importancia de colaborar con la gestión de las entidades afectadas

Casi una quinta parte de los encuestados expertos en control gubernamental no está de acuerdo y menos muy de acuerdo en que la importancia del señalamiento de responsabilidades en los informes de control sea colaborar con la gestión de las entidades víctimas de los daños ocasionados por los servidores. Otros dos tercios sí están de acuerdo o muy de acuerdo, lo cual confirma uno de los planteamientos implícitos en una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada. Las

diferencias podrían estar en el relieve de otros instrumentos de control para colaborar con la gestión, considerando las responsabilidades identificadas como un mero problema de personas y no de la institución. Esta posición minoritaria debe ser evaluada y sujeta a precisiones institucionales por cuanto las respectivas conclusiones y recomendaciones de los informes de control permiten que las entidades adopten medidas para mitigar riesgos similares.

10. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Colaborar en la lucha contra la corrupción.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	10. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR? [Colaborar en la lucha contra la corrupción.]	
Completamente de acuerdo	21	50%
Parcialmente de acuerdo	13	30%
Neutral	4	10%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	4	10%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	42	100%

Tabla 4.38 Importancia de colaborar en la lucha contra la corrupción

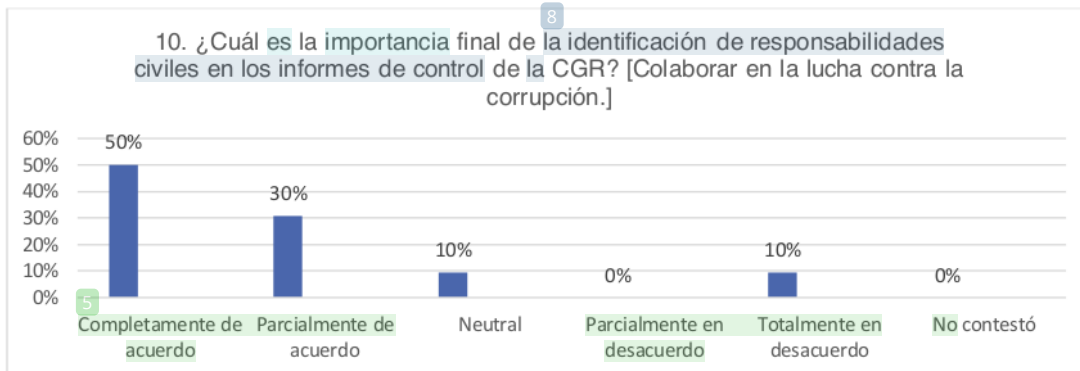


Gráfico 4.38 Importancia de colaborar en la lucha contra la corrupción

Se puede apreciar que ocho décimos de los encuestados expertos en control gubernamental está de acuerdo o muy de acuerdo en la importancia de la etapa de identificación de responsabilidades de los informes de control, para la lucha contra la

corrupción, lo cual confirma uno de los planteamientos implícitos en una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada. No obstante, existe un décimo que considera ese rol institucional en la cadena anticorrupción como algo ajeno al control gubernamental.

11. ¿Cuáles son las limitaciones para que no se incluya a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [El marco legal vigente lo prohíbe.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	11. El marco legal vigente lo prohíbe.	
Completamente de acuerdo	9	21%
Parcialmente de acuerdo	9	21%
Neutral	10	24%
Parcialmente en desacuerdo	2	5%
Totalmente en desacuerdo	12	29%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	42	100%

Tabla 4.39 El marco legal prohíbe incorporar a los terceros en los informes de control

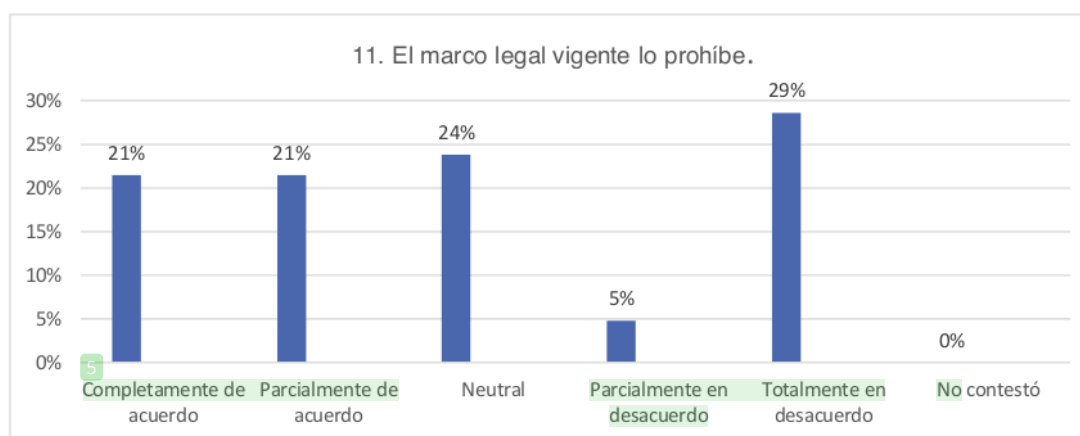


Gráfico 4.39 El marco legal prohíbe incorporar a los terceros en los informes de control

Respecto a esta interrogante, las opiniones de los expertos están divididas de manera pareja, aunque levemente prevalece la posición de considerar que no existe una prohibición expresa en el marco legal para incluir a los terceros como responsables civiles, lo cual confirma una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada. Un minoritario 42% considera que sí existe una prohibición. No obstante, en este estudio hemos indicado que no existe norma alguna que así lo disponga de manera expresa o directa.

12. ¿Cuáles son las limitaciones para que no se incluya a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [El marco legal vigente no lo prevé.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	12. El marco legal vigente no lo prevé.	
Completamente de acuerdo	20	48%
Parcialmente de acuerdo	11	26%
Neutral	4	10%
Parcialmente en desacuerdo	1	2%
Totalmente en desacuerdo	6	14%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	42	100%

Tabla 4.40 El marco legal no prevé incorporar a los terceros en los informes de control

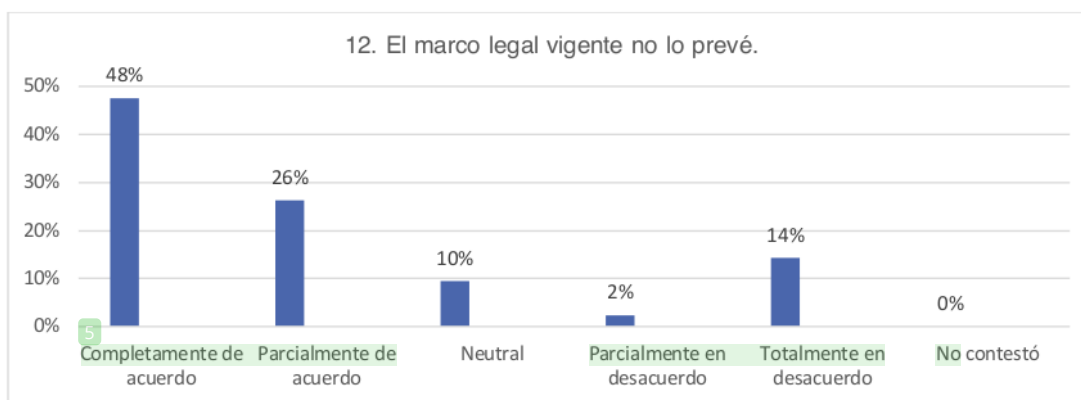


Gráfico 4.40 El marco legal no prevé incorporar a los terceros en los informes de control

A diferencia de las posiciones anteriores, en este enunciado sí encontramos solo un 16% que está en desacuerdo o muy en desacuerdo con aceptar que una de las limitaciones para comprender a los terceros en los informes de control sea que el marco legal vigente no haya previsto la identificación de las responsabilidades de aquellos. Ergo, la mayoría opina que sí existe una limitación por omisión de norma al respecto, lo cual confirma indirectamente una de las hipótesis específicas de este trabajo relacionada con la interpretación general de los expertos en control gubernamental, por lo cual se recomienda regular de manera expresa tal responsabilidad, objetivo de este trabajo.

13. ¿Cuáles son las limitaciones para que no se incluya a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [Requiere previamente desarrollar un marco legal integral.

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	13. Requiere previamente desarrollar un marco legal integral.	
Completamente de acuerdo	27	64%
Parcialmente de acuerdo	7	17%
Neutral	3	7%

Parcialmente en desacuerdo	1	2%
Totalmente en desacuerdo	4	10%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.41 Se requiere desarrollar un marco legal para incorporar a los terceros en los informes

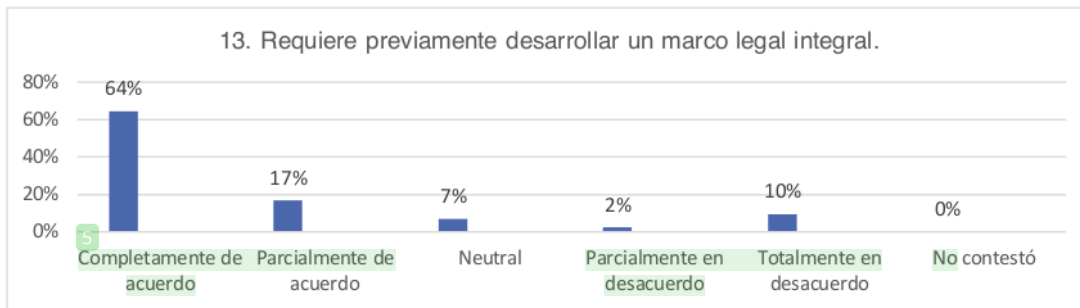


Gráfico 4.41 Se requiere desarrollar un marco legal para incorporar a terceros en los informes

Se puede apreciar que solo una pequeña minoría de los encuestados (12%) está en desacuerdo o muy en desacuerdo con desarrollar un marco legal integral para incluir a los terceros como responsables en los informes de control; porque lo consideran innecesario o por una resistencia frontal a tal medida. Por el contrario, una gran mayoría considera que lo mejor es desarrollar un marco legal integral para fortalecer el control gubernamental, ratificando una de las propuestas de este trabajo que se sustenta en una de las hipótesis específicas que se ha confirmado sobre el modo de dicha incorporación.

14. ¿Cuáles son las limitaciones para que no se incluya a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [Requiere previamente mayores recursos humanos y logísticos.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	14. Requiere previamente mayores recursos humanos y logísticos.

Completamente de acuerdo	4	9%
Parcialmente de acuerdo	13	31%
Neutral	11	26%
Parcialmente en desacuerdo	2	5%
Totalmente en desacuerdo	12	29%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.42 Se requiere mayores recursos humanos y logísticos

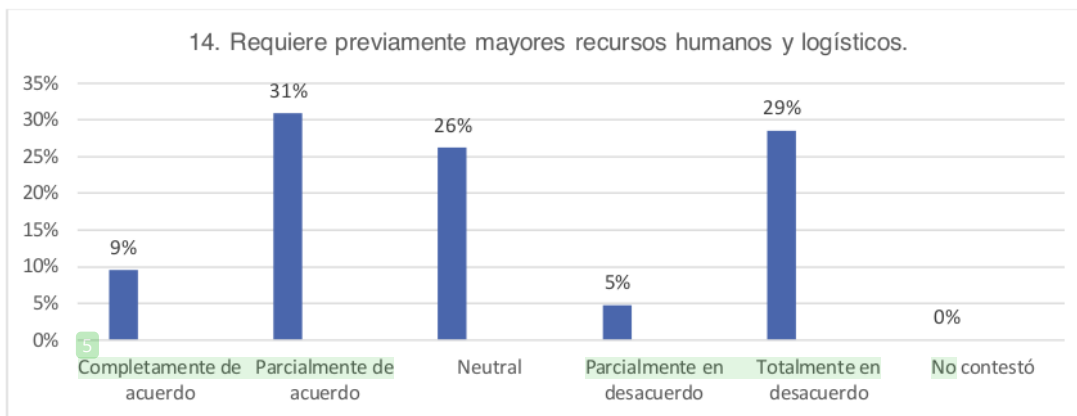


Gráfico 4.42 Se requiere mayores recursos humanos y logísticos

Se puede observar que solo un 40% de los expertos encuestados está de acuerdo o muy de acuerdo con la necesidad de contar con mayores recursos humanos y logísticos para poder incorporar a los terceros como civilmente responsables en los informes de control; obviamente, cuando corresponda. Los demás no consideran ello como una limitación relevante, lo cual confirma lo comentado en este estudio y sustenta la propuesta formulada respecto a una de las hipótesis específicas.

15. ¿Cuáles son las limitaciones para que no se incluya a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen

1 coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [Las empresas o contratistas no colaboran con el control gubernamental.]

	PREGUNTAS Y RESPUESTAS	
<b>Alternativas</b>	15. Las empresas o contratistas no colaboran con el control gubernamental.	
Completamente de acuerdo	12	28%
Parcialmente de acuerdo	14	33%
Neutral	8	19%
Parcialmente en desacuerdo	4	10%
Totalmente en desacuerdo	4	10%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	42	100%

Tabla 4.43 Los contratistas no colaboran con el control gubernamental

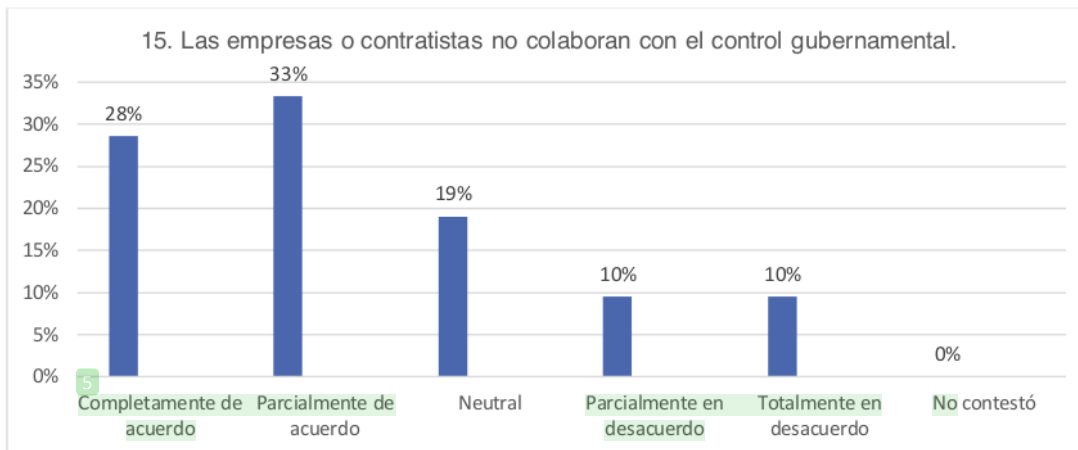


Gráfico 4.43 Los contratistas no colaboran con el control gubernamental

Solo un 20% de los encuestados considera que las empresas sí colaboran con el control gubernamental. Por el contrario, una mayoría considera que no colaboran, lo cual, de cierta manera, confirma la necesidad de crear alternativas integrales para comprenderlas como civilmente responsables en los informes de control, una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada.

16. ¿Qué ventajas habría si el marco legal permitiese incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [Reduciría la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	16. Reduciría la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado.	
Completamente de acuerdo	18	43%
Parcialmente de acuerdo	14	33%
Neutral	4	10%
Parcialmente en desacuerdo	1	2%
Totalmente en desacuerdo	5	12%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.44 Ventaja de reducir la impunidad de los servidores públicos

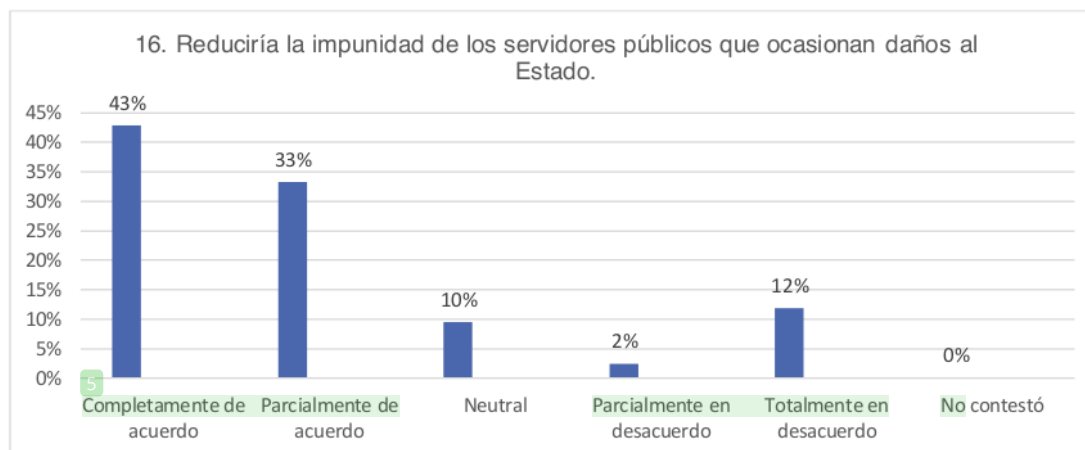


Gráfico 4.44 Ventaja de reducir la impunidad de los servidores públicos

Un 14% de los expertos encuestados consideran que incorporar a los terceros en los informes de control como civilmente responsables no reduciría la impunidad de los

servidores públicos. Por el contrario, una amplia mayoría considera que sí lo haría, lo cual es un incentivo para la respectiva propuesta que formula este trabajo de investigación aplicada.

17. ¿Qué ventajas habría si el marco legal permitiese incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [Elevaría la confianza de la ciudadanía en la CGR.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	17. Elevaría la confianza de la ciudadanía en la CGR.	
Completamente de acuerdo	21	50%
Parcialmente de acuerdo	14	33%
Neutral	2	5%
Parcialmente en desacuerdo	1	2%
Totalmente en desacuerdo	4	10%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.45 Ventaja de elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR

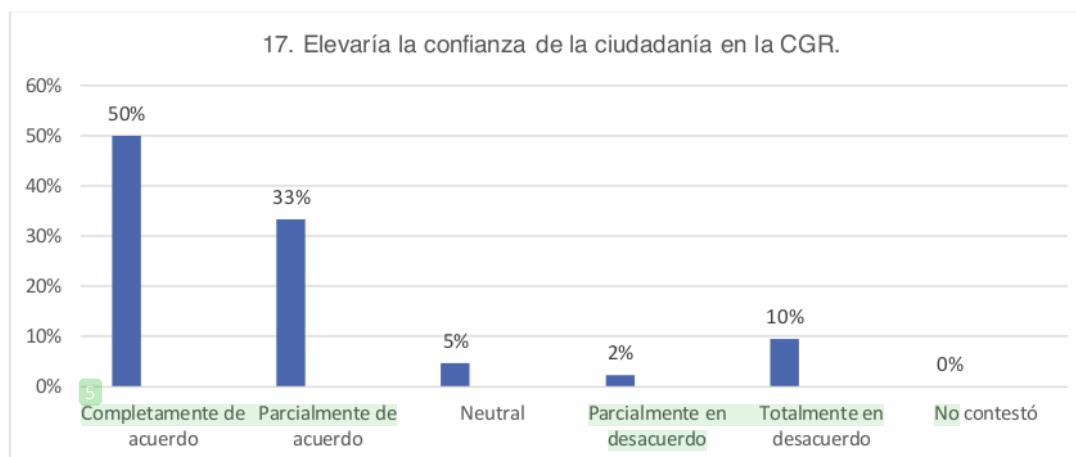


Gráfico 4.45 Ventaja de elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR

En este caso se puede apreciar que solo un 12% de los expertos encuestados considera que la inclusión de los terceros como civilmente responsables no eleva la confianza de la ciudadanía en la CGR, mientras que los otros consideran lo contrario. Los efectos socio-políticos positivos de una de las propuestas sobre el particular, que nace a partir de una de las hipótesis específicas de este trabajo, son fácilmente reconocibles por una amplia mayoría.

18. ¿Qué ventajas habría si el marco legal permitiese incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [Resarciría al Estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	18. Resarciría al Estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos.	
<i>Completamente de acuerdo</i>	25	60%
<i>Parcialmente de acuerdo</i>	12	28%
<i>Neutral</i>	0	0%
<i>Parcialmente en desacuerdo</i>	1	2%
<i>Totalmente en desacuerdo</i>	4	10%
<i>No contestó</i>	0	0%
<b>TOTAL</b>	42	100%

Tabla 4.46 Ventaja de resarcir al Estado de los daños que le han sido ocasionados

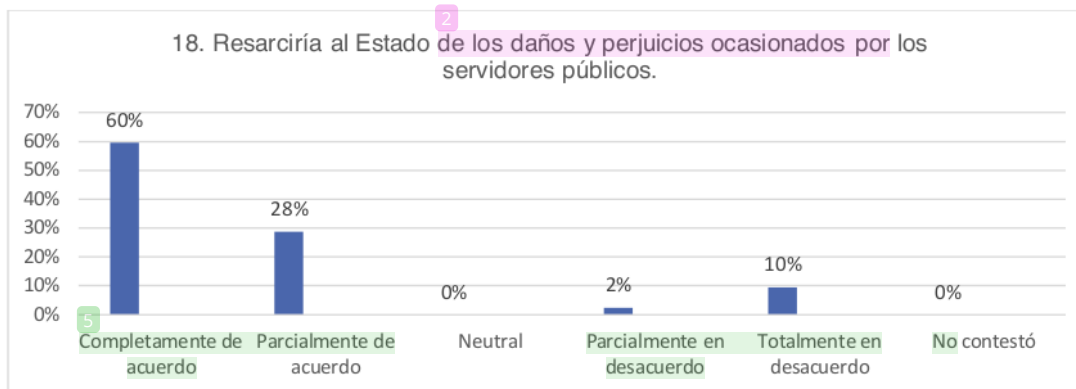


Gráfico 4.46 Ventaja de resarcir al Estado de los daños que le han sido ocasionados

Se puede observar que solo un 12% de los expertos encuestados considera que la inclusión de los terceros como civilmente responsables no resarciría al estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos, mientras que un 88% consideran exactamente lo contrario. Los efectos económicos positivos de una de las propuestas sobre el particular, que nace a partir de una de las hipótesis específicas de este trabajo, son también fácilmente reconocibles por una amplia mayoría.

19. ¿Qué ventajas habría si el marco legal permitiese incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [Colaboraría con la gestión de las entidades víctimas de los daños ocasionados por los servidores.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	19. Colaboraría con la gestión de las entidades víctimas de los daños ocasionados por los servidores.	
Completamente de acuerdo	18	44%
Parcialmente de acuerdo	17	40%
Neutral	1	2%
Parcialmente en desacuerdo	1	2%

Totalmente en desacuerdo	5	12%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.47 Ventaja de colaborar con la gestión de las entidades afectadas

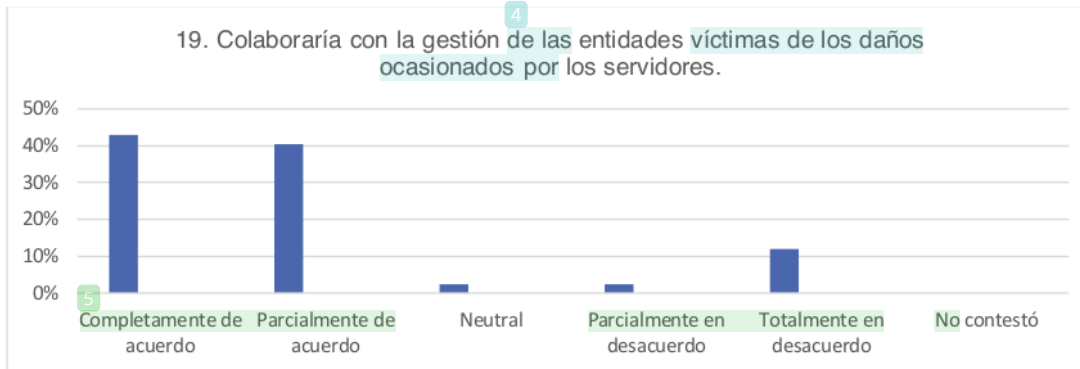


Gráfico 4.47 Ventaja de colaborar con la gestión de las entidades afectadas

En este caso se puede apreciar que un 84% de los expertos encuestados está de acuerdo o muy de acuerdo en que la citada incorporación de los terceros como civilmente responsables, colaboraría con la gestión de las entidades víctimas de los daños, lo cual confirma uno de los planteamientos implícitos en una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada.

20. ¿Qué ventajas habría si el marco legal permitiese incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado? [Desincentivaría las conductas dolosas y culposas de las empresas que contratan con el Estado.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	20. Desincentivaría las conductas dolosas y culposas de las empresas que contratan con el Estado.	
Completamente de acuerdo	27	64%
Parcialmente de acuerdo	7	18%
Neutral	1	2%

Parcialmente en desacuerdo	1	2%
Totalmente en desacuerdo	6	14%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.48 Ventaja de desincentivar las conductas dolosas y culposas de los contratistas públicos

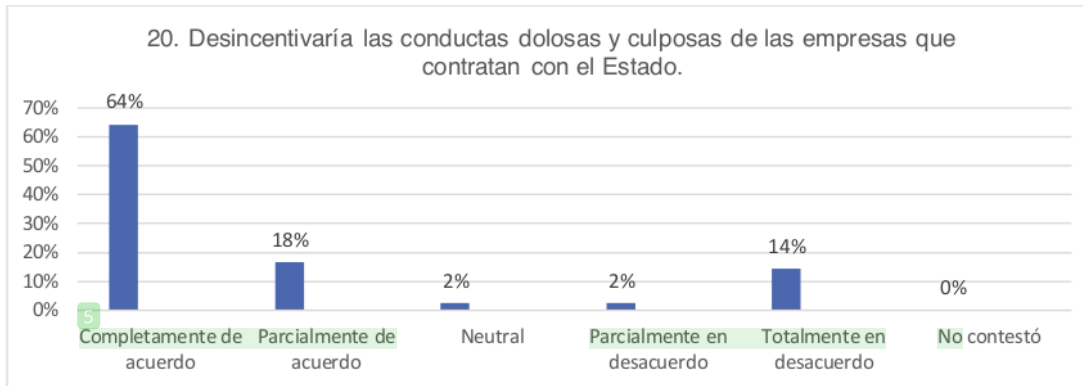


Gráfico 4.48 Ventaja de desincentivar las conductas dolosas y culposas de los contratistas públicos

Se puede observar que un 82% de los expertos encuestados están de acuerdo o muy de acuerdo en que la incorporación de los terceros como civilmente responsables tendría un efecto disuasivo sobre conductas dolosas o culposas de las contratistas del Estado, lo cual confirma uno de los planteamientos implícitos en una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada.

21. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la CGR? [Incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen **coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado.**]

	<b>PREGUNTAS Y RESPUESTAS</b>
--	-------------------------------

<b>Alternativas</b>	21. Incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado.	
Completamente de acuerdo	32	76%
Parcialmente de acuerdo	5	12%
Neutral	1	2%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	4	10%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.49 Inclusión de los terceros como civilmente responsables en los informes

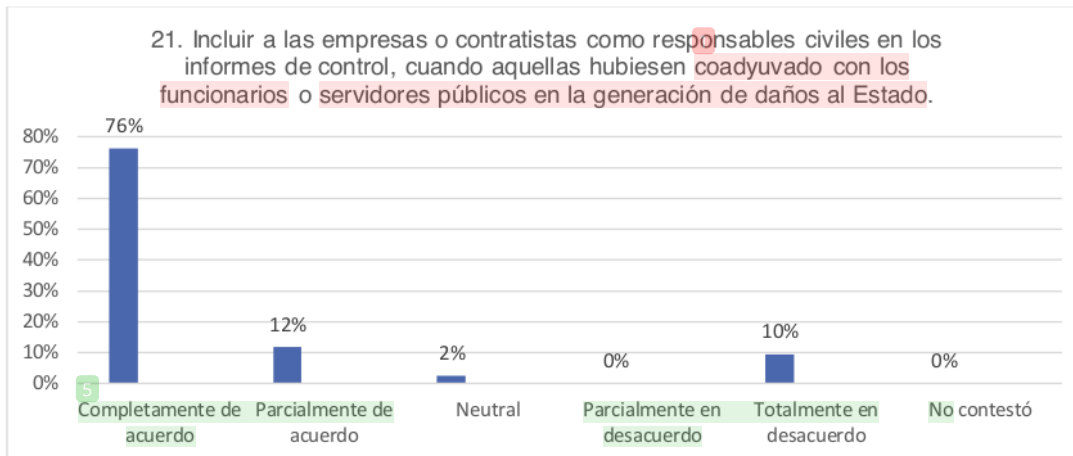


Gráfico 4.49 Inclusión de los terceros como civilmente responsables en los informes

Los resultados que se pueden apreciar confirman una de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada relacionada con la inclusión de los terceros como civilmente responsables, lo cual forma parte de una de las propuestas de solución recomendadas, estando conformes con esa línea la gran mayoría de expertos en control gubernamental encuestados y sólo un 10% en desacuerdo con la medida.

22. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la CGR? [Impedir contratar con el Estado a las empresas o contratistas que tengan en trámite procesos de indemnización iniciados por la PP-CGR.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	22. Impedir contratar con el Estado a las empresas o contratistas que tengan en trámite procesos de indemnización iniciados por la PP-CGR.	
Completamente de acuerdo	23	55%
Parcialmente de acuerdo	10	24%
Neutral	5	12%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	4	9%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.50 Impedir contratar a los contratistas con procesos de indemnización en trámite

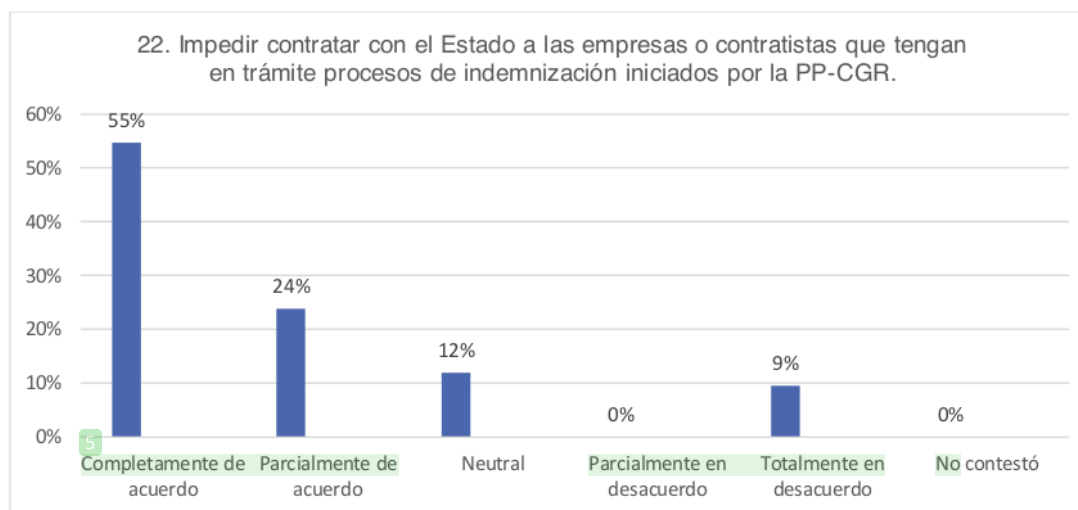


Gráfico 4.50 Impedir contratar a los contratistas con procesos de indemnización en trámite

Se puede apreciar que casi un 80% de los expertos encuestados consideran una medida válida para mejorar el resarcimiento de los daños al Estado, impedir contratar con este último a los terceros contratistas que tengan en trámite procesos de indemnización iniciados por la CGR, lo cual obliga a ponderar esta alternativa como una de las viables que indirectamente afirma una de las hipótesis de este trabajo de investigación aplicada.

23. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la CGR? [Obligar a los servidores públicos a constituir una previa garantía o caución para el ejercicio de sus funciones.]

	<b>PREGUNTAS Y RESPUESTAS</b>	
<b>Alternativas</b>	23. Obligar a los servidores públicos a constituir una previa garantía o caución para el ejercicio de sus funciones.	
Completamente de acuerdo	8	19%
Parcialmente de acuerdo	10	24%
Neutral	14	33%
Parcialmente en desacuerdo	2	5%
Totalmente en desacuerdo	8	19%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	42	100%

Tabla 4.51 Obligar a los servidores a constituir una garantía previa al ejercicio de sus funciones

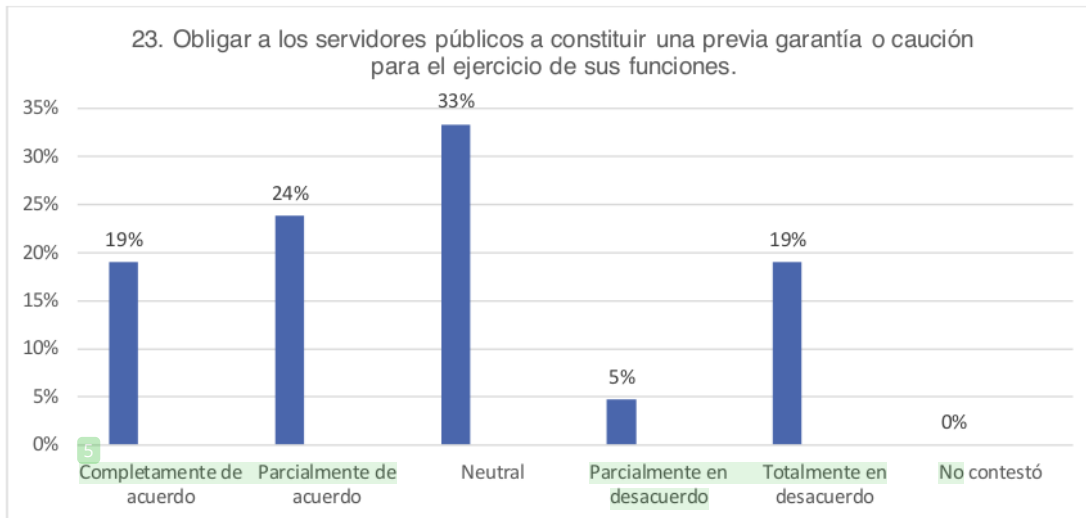


Gráfico 4.51 Obligar a los servidores a constituir una garantía previa al ejercicio de sus funciones

El obligar a los servidores públicos a constituir una previa garantía o caución para el ejercicio de sus funciones no tiene una aceptación mayoritaria entre los expertos encuestados. Si bien resulta aceptable sea considerada esta alternativa como una de las medidas viables, tiene inconvenientes para su aplicación a todo el personal del Estado.

24. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la CGR? [Separar a los servidores públicos del cargo -sin goce de haber- hasta que cumplan con garantizar el pago de la indemnización identificada en los informes de control.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	24. Separar a los servidores públicos del cargo -sin goce de haber- hasta que cumplan con garantizar el pago de la indemnización identificada en los informes de control.	
Completamente de acuerdo	14	33%
Parcialmente de acuerdo	10	24%
Neutral	10	24%

Parcialmente en desacuerdo	3	7%
Totalmente en desacuerdo	5	12%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.52 Separar a los servidores hasta que cumplan con garantizar la suma sentenciada

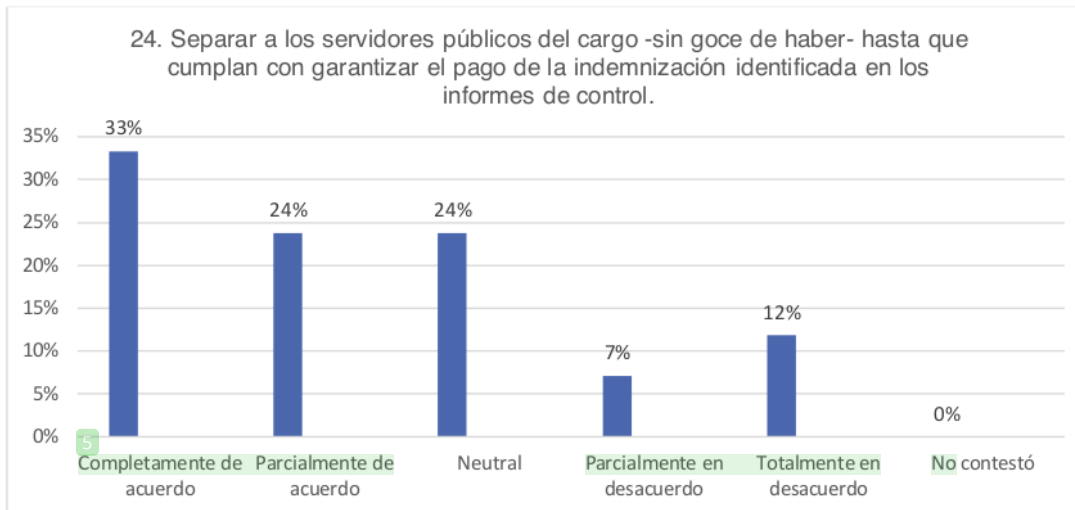


Gráfico 4.52 Separar a los servidores hasta que cumplan con garantizar la suma sentenciada

Se puede apreciar que el 57% de los expertos encuestados consideran oportuna esta alternativa. Si bien no es un porcentaje determinante, sí lleva a considerar evaluar esta medida dentro de las posibilidades de acción para incentivar el resarcimiento de los funcionarios y servidores públicos de las sumas sentenciadas, lo cual constituye uno de los contenidos implícitos de una las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada.

25. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la CGR? [Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades directamente afectadas.]

PREGUNTAS Y RESPUESTAS		
<b>Alternativas</b>	25. Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades directamente afectadas.	
Completamente de acuerdo	13	31%
Parcialmente de acuerdo	17	40%
Neutral	9	21%
Parcialmente en desacuerdo	0	0%
Totalmente en desacuerdo	3	7%
No contestó	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

Tabla 4.53 Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades afectadas

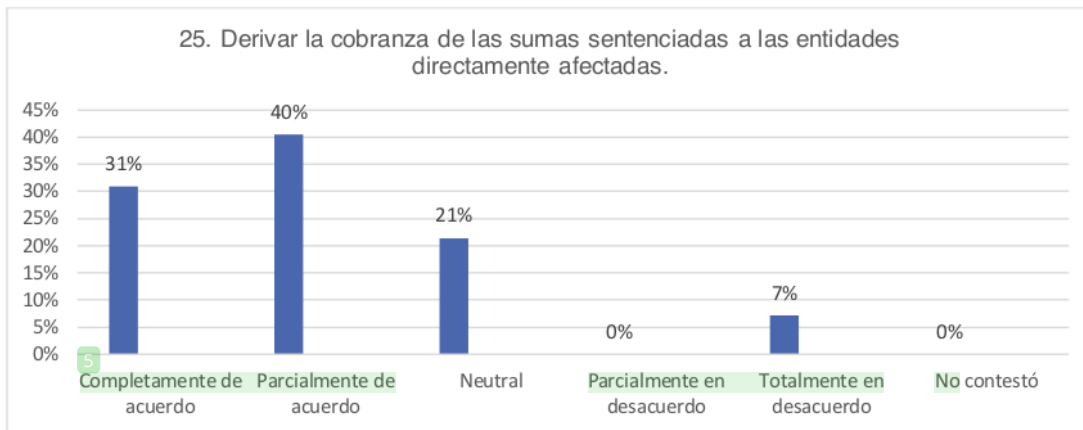


Gráfico 4.53 Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades afectadas

Un 71% de los expertos encuestados están parcial o totalmente de acuerdo con derivar el cobro de las sumas sentenciadas a las entidades directamente afectadas. Sin embargo, esta práctica se viene haciendo hasta la fecha en la mayoría de los casos ganados por la PP-CGR mas no demuestra que ello haya mejorado la efectividad de la cobranza de las sumas sentenciadas ni que pueda superar el falso espíritu de cuerpo que existe, en algunos o muchos casos, entre los servidores públicos que laboran en la misma entidad; aparte de la pérdida de la trazabilidad de lo actuado en ejecución de sentencia para colaborar con la respectiva cadena de valor.

#### 4.4 ANÁLISIS DE RESULTADOS

La data obtenida permite confirmar, en muy alto grado, la hipótesis general y las hipótesis específicas planteadas en este trabajo de investigación aplicada.

En efecto, las encuestas llevadas a cabo y la información recolectada, nos permiten verificar que es conveniente e, incluso necesario, formular una propuesta legal para (1) extender a los terceros, que no ejercen función pública, la responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR y, además, (2) generar incentivos para el pago de las sumas sentenciadas por los funcionarios ejecutados. Ambas propuestas permitirán mejorar a futuro el resarcimiento por los daños que hubiesen ocasionado al Estado los mencionados sujetos activos por el incumplimiento de sus obligaciones; lo cual constituyó la hipótesis general de este trabajo de investigación aplicada.

En esa línea, los resultados obtenidos a partir de la data recolectada y de las encuestas realizadas a expertos, han permitido verificar que la gran mayoría de procesos han sido favorables a la Institución -demostrando que las comisiones auditoras sí habían evidenciado la existencia de daños ocasionados al Estado-, sin embargo, en menos del 10% de dichos casos se ha logrado cobrar las sumas indemnizatorias señaladas en las sentencias emitidas por el Poder Judicial en el período 2017 en contra de los funcionarios y servidores públicos que fueron identificados como civilmente responsables en los informes de control de la CGR, lo cual constituye la base de una de nuestra hipótesis específicas y punto de partida de este trabajo de investigación aplicada.

El escaso resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados al Estado por funcionarios y servidores, identificados en los informes de control, fue confirmado por los expertos procesalistas en el cien por ciento de los casos, quienes también coincidieron en señalar que las medidas cautelares que se pretendieron ejecutar fueron infructuosas en casi la totalidad de los casos.

Los resultados de dichas encuestas han permitido comprender con alto grado de certeza, las razones por las que el Estado no ha cobrado las sumas indemnizatorias señaladas en las sentencias emitidas por el Poder Judicial en el año 2017 en contra de funcionarios y servidores públicos identificados en los informes de control. Las causas mencionadas variaron entre la carencia de solvencia económica de los demandados, la mala práctica de ocultar fraudulentamente sus bienes y, adicionalmente, la existencia de limitaciones en el marco legal para incentivar el cumplimiento de las sentencias condenatorias, todas las cuales explican los motivos del escaso resarcimiento de los daños y perjuicios perseguidos por la CGR.

Este trabajo de investigación ha podido constatar, además, que en los informes de control de la CGR concluidos con sentencias favorables en el período 2017, no se identificó responsabilidad civil a los terceros que, sin ejercer función pública, habían ocasionado daños y perjuicios al Estado, según indicaron más del 90% de los abogados expertos encuestados. La principal causa fue imputada a la existencia de limitaciones en el marco legal del Sistema Nacional de Control y de la CGR.

Las anteriores consideraciones constituyeron los fundamentos para que los citados expertos, por unanimidad, señalaran la conveniencia de (1) modificar la normativa vigente de manera integral para poder incluir en los informes de control a los contratistas del estado como civilmente responsables, en los casos que corresponda; y, (2), generar incentivos para el pago de las sumas sentenciadas por los funcionarios ejecutados, dentro de las cuales una gran mayoría se inclinó por el inicio de un procedimiento de señalamiento de bien libre para embargo, seguido de una declaratoria de quiebra, como medida disuasiva, mientras que otra mayoría prefirió se separe al funcionario o servidor de la función pública hasta que pague o garantice el pago de la suma sentenciada.

Ambas acciones conforman el contenido de las dos hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada, en línea con la hipótesis general. Cabe señalar que la propuesta de modificar la normativa vigente, reflejó no solo la posición unánime de los abogados expertos en derecho civil, sino que también mereció la aceptación de la gran

mayoría de los expertos en control gubernamental, salvo una décima parte que expresó su desacuerdo.

Este trabajo de investigación ha permitido, adicionalmente, advertir la existencia de millonarios importes demandados que pueden generar ingentes recursos para el Estado si se adoptan las medidas conducentes para mejorar el resarcimiento de las sumas sentenciadas. En efecto, solo en el año 2017 se han presentado 70 demandas civiles por daños y perjuicios por un monto que supera la suma de 376 millones de soles.

La revisión de los informes de control que sirvieron de sustento a las sentencias firmes favorables expedidas en el año 2017, permiten concluir que alto porcentaje pudo haber incluido como codemandados a los contratistas que coadyuvaron con los funcionarios y servidores públicos que ocasionaron daños y perjuicios al Estado peruano, lo cual no se hizo por un inadecuado marco legal.

El análisis de los resultados de la información primaria y secundaria obtenida nos permiten realizar dos afirmaciones que desarrollaremos a continuación:

#### 4.4.1 LIMITADO RESARCIMIENTO DE LAS SUMAS IDENTIFICADAS EN LOS INFORMES DE CONTROL Y SENTENCIADAS A FAVOR DEL ESTADO

Consideramos relevante identificar y separar dos escenarios relacionados con el escaso resarcimiento al Estado por los daños y perjuicios identificados en los informes de control: el primero, un escenario en que los actores principales son los funcionarios y servidores públicos; el segundo, un escenario en el que los actores principales son (o deben ser) los terceros, por regla general, contratistas del Estado. Cada uno de estos escenarios tiene sus propias especificidades y eventuales soluciones, por lo cual serán desarrollados de manera independiente en los subtítulos siguientes.

El primer escenario está relacionado con la solvencia de los funcionarios y servidores públicos, la cual, por regla general, es insuficiente, por la limitada capacidad económico-financiera de los trabajadores estatales o, lamentablemente, por la mala y

frecuente práctica de los deudores de ocultar sus bienes desde que asumen una función pública -en algunos casos con intereses inconfesables- o, desde el momento en que la comisión auditora a cargo de una acción de control les comunica hallazgos o desviaciones de cumplimiento y en los cuales pueden apreciar que su eventual intervención en hechos irregulares que habrían producido daños al Estado habría sido descubierta por el ente rector de control.

El segundo escenario guarda relación con el involucramiento de los terceros que habrían coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado. A diferencia de la mayoría de trabajadores estatales, los proveedores del Estado, más aún en el caso de contratistas de obras públicas, sí tienen la suficiente solvencia económica y capacidad financiera para satisfacer las pretensiones resarcitorias del Estado. Incluso, debemos recordar que, en las contrataciones públicas, constituye un requisito para intervenir en ciertos procesos de selección, la experiencia y, sobretodo, la capacidad económica financiera de las empresas, aparte de los montos de contratación que hubiesen previamente facturado. Como es fácil advertir, la mencionada solvencia es una variable muy importante para determinar la capacidad máxima de contratación de un ejecutor de obras públicas. Esta es apreciada en este trabajo de investigación para encontrar una alternativa de solución al problema planteado.

Los dos escenarios antes mencionados, esto es, la escasa solvencia de los funcionarios y servidores públicos y el involucramiento de los terceros que habrían coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado, serán materia de un análisis diferente, pero con un mismo objetivo: proponer alternativas viables para optimizar el resarcimiento efectivo de los daños ocasionados al Estado identificados por los informes de control de la CGR, cuando ésta señale la existencia de los elementos de la responsabilidad civil en la configuración de los efectos dañinos.

#### 4.4.2 RESARCIMIENTO DE LAS SUMAS SENTENCIADAS POR LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

Como hemos adelantado, en el caso de los funcionarios y servidores públicos, es casi nula o inexistente la eficacia de los resarcimientos señalados por el órgano jurisdiccional a favor del Estado en los procesos civiles seguidos por la Procuraduría Pública de la CGR y que han concluido mediante sentencias firmes estimatorias, esto es, en aquellos que se declararon fundadas las demandas y se ordenó que los demandados paguen una suma indemnizatoria a favor de la parte actora. La situación se hace más notoria por cuanto un muy alto porcentaje de los procesos iniciados tiene un resultado favorable a los intereses del Estado.

Solo en el período 2017 materia de este trabajo de investigación, de las 70 demandas indemnizatorias presentadas ante el Poder Judicial, un tercio de ellas superaron la suma de un millón de soles. No eran pues, en lo absoluto, casos de menor cuantía o bagatela. Los perjuicios ocasionados al Estado han sido significativos y, por ende, el resarcimiento efectivo se torna siempre en una necesidad imperiosa de restablecer la justicia.

De acuerdo a las investigaciones que hemos realizado con expertos de la Procuraduría Pública de la CGR, confirmadas con los datos documentales recogidos sobre el particular, podemos apreciar que las medidas cautelares solicitadas por el Estado para garantizar el cobro de las sumas indemnizatorias objeto de los respectivos procesos de responsabilidad civil, han sido infructuosas. En efecto, la estrategia de realizar búsquedas para encontrar bienes de valor de propiedad de los demandados, fácilmente realizables, como bienes inmuebles, vehículos automotores o depósitos de dinero en las instituciones bancarias y financieras, ha sido infructuosa en la mayoría de los casos.

Una primera explicación, de conocimiento público y notorio, es la limitada capacidad adquisitiva y de ahorro de los trabajadores del aparato público, cuyas remuneraciones son, por regla general, bastante exiguas y no favorecen el incremento patrimonial de los servidores públicos ni les facilitan generar ahorros personales. Como lógica consecuencia, estos no están en capacidad de resarcir al Estado los daños que le han irrogado por el incumplimiento de sus obligaciones funcionariales. Dicha brecha se amplía, aún más, cuando las sumas indemnizatorias son cuantiosas e, incluso,

millonarias, como en la mayoría de los casos de inversiones, asociaciones público privadas (APP) y contrataciones de obras públicas, lo cual podremos comprenderlo con la lectura del caso de estudio que hemos presentado anteriormente en el acápite 2.1

La segunda explicación, es -como hemos adelantado- la dolosa actitud de algunos funcionarios y servidores públicos de disponer u ocultar su patrimonio a fin que no pueda ser embargado por sus acreedores, en particular cuando es el Estado quien goza del derecho de crédito en virtud de una sentencia judicial. No obstante que la ley sanciona los actos incurridos por los deudores para reducir su patrimonio con la finalidad de burlar los derechos de sus acreedores, la ineficacia de estos actos jurídicos fraudulentos está sometida a una serie de requisitos de forma y fondo que no son fáciles de satisfacer por el Estado, menos en los plazos establecidos por la norma. La utilización de los denominados testaferreros, práctica difundida en nuestro país por los deudores de mala fe, dificulta en extremo la cobranza de los resarcimientos señalados en los procesos judiciales seguidos contra los funcionarios y servidores públicos que han ocasionado daños al Estado; lo cual ha sido afirmado por una amplia mayoría de expertos abogados procesalistas de la Procuraduría Pública.

Las corrientes que han intentado superar el citado problema mediante medidas cautelares de embargos, han demostrado, hasta la fecha, ser inefectivas e ineficaces. Cuando se trata de embargos sobre bienes muebles, aparte de su escaso valor para garantizar las sumas demandadas, se requiere el nombramiento de depositarios judiciales, asumir gastos alquiler de depósitos, honorarios de martilleros, publicaciones, etc., etc., que, al final del día, no son costo efectivas ni superan con éxito un análisis costo beneficio; por lo cual esta estrategia ha sido descartada por la Procuraduría Pública. En el caso de inmuebles u otros bienes de valor, éstos, si existen, no suelen estar a nombre de los demandados o ejecutados, por las razones que ya hemos adelantado, haciendo infructuosas las búsquedas en los registros públicos correspondientes, luego de una importante pérdida de tiempo y dinero.

Las anteriores consideraciones nos obligan a tener que examinar alternativas de solución innovadoras que incentiven el cumplimiento de las obligaciones resarcitorias de los funcionarios y servidores públicos, tales como el otorgamiento de garantías, la

separación del cargo; o, por el contrario, que disuadan el ocultamiento fraudulento de bienes reales y personales, tal como la declaratoria de quiebra en caso los deudores del Estado no puedan señalar bienes libres para embargo. Como podemos suponer, estas medidas requieren cambios en el marco legal vigente.

#### 4.4.3 SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TERCEROS EN LOS INFORMES DE CONTROL

Se ha visto que la eficacia de los resarcimientos señalados por el órgano jurisdiccional a favor del Estado en los procesos civiles seguidos por la Procuraduría Pública de la CGR y que han concluido mediante sentencias firmes estimatorias, es casi nula, no obstante que la gran mayoría de juicios se ganan, lo cual confirma una de nuestras hipótesis específicas. En el subtítulo inmediato anterior se ha analizado la situación de los funcionarios y servidores públicos que, incumpliendo sus obligaciones funcionariales, ocasionan daño al Estado. En este subtítulo, corresponde analizar la situación de los terceros que coadyuvan con estos últimos en la generación de daños al Estado.

De la revisión de los informes de control del período 2017 materia de este trabajo de investigación aplicada, se puede apreciar que, en un significativo porcentaje de los casos de responsabilidad civil identificados por la CGR, esto es, en la generación de los efectos dañosos ocasionados a las distintas entidades públicas, participaron no solo funcionarios y servidores públicos, sino también contratistas del Estado. No obstante, los terceros no fueron considerados como civilmente responsables en los informes de control y, como lógica consecuencia, tampoco en las demandas que se sustentaban dichos informes, lo cual confirma otra de las hipótesis específicas de este trabajo de investigación aplicada.

En materia de corrupción, es conocida una frase que nace de la sabiduría popular: “un tango se baila entre dos”. Ella hace referencia a la frecuente y ordinaria necesidad de dos partes involucradas para cometer las infracciones o delitos que la ley tipifica y sanciona. Por un lado, los funcionarios y servidores públicos. Por el otro lado, los

contratistas del Estado. Los ejemplos son numerosos y han sacudido las esferas más altas del poder público en nuestro país: Caso Fujimori-Montesinos, caso Lavajato, caso Club de los Constructores, entre otros muchos más. Esta situación que genera cientos de casos de responsabilidad penal y administrativa identificados por los informes de control de la CGR, se repite también en materia de responsabilidad civil. En muchos casos los contratistas del Estado son los que se benefician ilegítimamente de las arcas públicas, en agravio de las entidades contratantes, pese a no haber cumplido cabalmente sus obligaciones contractuales.

Cabe preguntarse, ¿por qué los terceros no responden civilmente por los daños y perjuicios irrogados al Estado en las contrataciones públicas en las cuales participan? ¿Por qué la responsabilidad civil en dichos casos se limita a los funcionarios y servidores públicos que participaron en la generación de los efectos dañosos?

La respuesta se encuentra, principalmente, en dos condiciones previas: Primera, la laxitud, negligencia o complicidad de las entidades y, en particular, de los funcionarios públicos de las entidades contratantes en el cumplimiento de su deber de fiscalizar las contrataciones públicas, obligación a la cual se le denomina la “primera línea de defensa”, en materia de gestión de riesgos. Segunda, el marco legal vigente en el Perú, sobre el cual incidirá este trabajo de investigación y cuyo contenido forma parte de la correspondiente hipótesis general. La potestad de la CGR para identificar responsabilidades actuando como una “segunda línea de defensa”, está sujeta a la normativa sobre la materia, en especial, a lo dispuesto por la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Como se ha visto anteriormente al desarrollar el marco conceptual, el concepto de responsabilidad civil, según dicha ley orgánica, está circunscrito a los funcionarios y servidores públicos, no incluyendo a los terceros; al menos, no literalmente.

En efecto, dicha visión sesgada se reproduce, de forma indirecta y frecuente, en la referida ley orgánica, en la cual se destacan frases que hacen reiterada referencia a los servidores públicos y no a los terceros.

Así, se leen frases como: “el desarrollo honesto y probo de las funciones y los actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos” (artículo 2); o, “las acciones de control que efectúen los órganos del Sistema no serán concluidas sin que se otorgue al personal responsable comprendido en ellas, la oportunidad de conocer y hacer sus comentarios y aclaraciones sobre los hallazgos en que estuvieran incursos” (artículo 11).

Respecto a la actuación del Sistema Nacional de Control, la respectiva ley orgánica indica que su actuación comprende todas las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades “y alcanza al personal que presta servicios en ellas, independientemente del régimen que las regule” (artículo 12); o, la citada ley también señala como atribución del Sistema: “Exigir a los funcionarios y servidores públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan, identificando el tipo de responsabilidad incurrida” (artículo 15, literal e). Dicho énfasis sobre la actuación del funcionario y servidor público se observa, adicionalmente, en las definiciones básicas de la Novena Disposición Final de la misma ley sobre la denominada relación causal y la responsabilidad civil. (Congreso de la República, 2002, *Ley N° 27785 de 2002, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*)

Las regulaciones normativas sobre la actuación de los funcionarios y servidores públicos son, pues, abundantes y han sido plasmadas también en numerosas directivas dictadas por el ente rector de control. No obstante, escasas referencias se realizan sobre la intervención de los terceros, omisión que en la actualidad solo podría ser superada, parcialmente, realizando un razonamiento basado en inferencias dentro del marco legal vigente.

Por el contrario, en materia de auditoría de cumplimiento, la única cita respecto a la participación de terceros la encontramos no en la flamante directiva del año 2022, sino en el Manual de la Auditoría de Cumplimiento, en una aislada y desarticulada frase entre paréntesis, que literalmente reproducimos:

En el caso se advierta la participación de terceros partícipes que no tienen la condición de funcionarios o servidores públicos, se describe de manera breve su participación en los hechos observados (sic).

(Contraloría General de la República. Directiva N° 001-2022-CG/NORM, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 001-2022-CG de fecha 07 de enero de 2022)

Cabe preguntar al respecto: ¿La omisión de dispositivos legales que, de manera expresa, e incluso literal, comprendan a los terceros que contraten con las entidades del sector público sujetas al control gubernamental, nos obliga a descartarlos como eventuales sujetos activos de responsabilidad civil en perjuicio del Estado? Este trabajo considera que no. Al menos, no necesariamente. Ello sería, claramente, un error lógico jurídico.

No obstante, debe admitirse que incluir a los terceros que contratan con las entidades públicas como sujetos activos en materia de responsabilidad civil exige normas claras o, en su defecto, todo un desarrollo o andamiaje jurídico que, en la práctica, las comisiones auditoras prefieren evitar. Como lógica consecuencia, los informes de control de la CGR, a lo sumo, se limitan a mencionar la participación de aquellos en los eventos dañosos que han permitido identificar responsabilidad civil en los funcionarios y servidores públicos, mas no los comprenden como civilmente responsables del daño, aunque fuese evidente.

En la precedente actitud prima una interpretación restrictiva del principio de legalidad del control gubernamental, establecido por el literal f del artículo 9° de la Ley N° 27785. (Congreso de la República, 2002, *Ley N° 27785 de 2002, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*). Desafortunadamente, esta posición formal o legalista limita, al final del día, la supervisión, vigilancia y verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado, así como desaprovecha una valiosa oportunidad para mejorar el resarcimiento de los perjuicios irrogados al Estado por los terceros que incumplen sus obligaciones contractuales en la ejecución de los procesos de selección en los que participan, pese a que tendrían solvencia económica y financiera para hacerlo.

Al respecto, debemos señalar que la situación se complica porque enfrenta a un vacío académico en el estudio de esta posibilidad. En efecto, la doctrina, por lo general, se pronuncia sobre la responsabilidad civil de las empresas por incumplimiento de sus

obligaciones frente a las entidades directamente agraviadas, es decir, analizan una relación obligacional básicamente entre acreedor y deudor, de carácter horizontal y basados en el principio de igualdad de las partes; sin embargo, no profundiza en la especial situación del ente rector cuando en sus acciones de control identifica la comisión de daños al Estado por parte de los <sup>12</sup>terceros que coadyuvan con los funcionarios o servidores públicos en la generación de los efectos dañosos en perjuicio de aquél. La doctrina no afirma ni rechaza esta posibilidad; simplemente, no la ha incluido, aún, como objeto de estudio.

Una de las explicaciones de la situación anterior es que su tratamiento corresponde a materias muy especializadas, como es el derecho público, el derecho administrativo y el ordenamiento de control gubernamental, complementado con normativa especializada como la Ley de Contrataciones del Estado y demás relacionadas con la gestión pública. Otra explicación, en línea con lo anterior, es que la mayoría de los estudios realizados en materia de responsabilidad civil son realizados por expertos en derecho privado y, particularmente, en derecho civil; no en derecho público ni en derecho administrativo, menos aún, en control gubernamental.

Por parte de los administrativistas, expertos en derecho público, el tema del control gubernamental es muy específico y sumamente especializado, por lo cual existen pocos estudios que vinculen a ambas materias, menos aún en lo que respecta a la responsabilidad civil, que, paradójicamente, algunos consideran un tema eminentemente de derecho privado.

Para superar este *impasse*, resulta apropiado enfrentar la problemática de <sup>1</sup>la responsabilidad civil de los terceros que se identifique <sup>21</sup>a futuro en los informes de control, haciendo un símil con la responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos. Todo ello, sin perder nunca de vista la potestad constitucional del ente rector de control, desarrollada en la primera parte de este trabajo de investigación.

En esa línea metodológica, cabe preguntarse: ¿Qué sucede cuando en una acción de control la CGR identifica responsabilidad civil en <sup>31</sup>un funcionario público que ha ocasionado perjuicios en el ejercicio de sus funciones en la entidad o, mejor dicho, por incumplimiento de sus obligaciones funcionariales?

En el mencionado supuesto, las normas de control gubernamental brindan la respuesta: la comisión auditora describe los hechos, identifica la existencia de todos los elementos de la responsabilidad civil, comunica a los administrados los hallazgos o desviaciones encontrados para que formulen sus comentarios y, en caso no sean desvirtuados (descargados), emite el informe de control con las observaciones, las conclusiones y las recomendaciones del caso, incluyendo -dentro de estas últimas- el inicio de las acciones legales de naturaleza civil para el resarcimiento de los perjuicios económicos ocasionados al Estado, previamente cuantificados. El detalle de estos pasos los podemos encontrar en el Manual de Auditoría de Cumplimiento y en el Manual del Servicios Específicos de Control de Hechos con Presunta Responsabilidad elaborados por el ente rector en la materia.

¿Cuál sería la diferencia entre dicho proceso y la identificación de responsabilidad civil de un tercero que coadyuvó con el funcionario o servidor público en la generación de perjuicios al Estado? Prácticamente, ninguna. El proceso sería el mismo.

Nos explicamos: en ambos casos la CGR intervendría en el ejercicio de su potestad de cautelar el uso de los recursos y bienes del Estado, no obstante que, como es lógico y legal, para evaluar la existencia de presunta antijuridicidad, deba apreciar -en forma minuciosa- la ejecución de las prestaciones a cargos de todos y cada uno de los involucrados. En un caso, deberá evaluar el cumplimiento de las obligaciones funcionariales de los funcionarios o servidores públicos; en el otro, deberá evaluar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los terceros o contratistas. Ello ha sido desarrollado previamente al analizar los elementos de la responsabilidad civil.

Cabe reiterar que, en ninguno de esos casos, el órgano rector de control interviene como parte de la relación jurídica en representación de la entidad pública; tampoco en vía de subrogación. Lo hace en el ejercicio de sus potestades constitucionales, en un nivel distinto, especial, de derecho público y control gubernamental, tal como hemos adelantado al desarrollar el marco teórico sobre dicha materia.

Para una eventual identificación de responsabilidad de los terceros que contratan con el Estado, la dificultad para el ente rector de control estribará en desarrollar los lineamientos y directivas para la actuación de las comisiones auditoras que,

necesariamente, deben evidenciar que el contratista hubiese coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado, incluyendo todos y cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, mencionados ya a lo largo de este trabajo de investigación.

En ese sentido, la lógica y la metodología de las respectivas investigaciones o auditorías públicas serán, prácticamente, similares a las que se utilizan con los funcionarios y servidores públicos, aunque respetando las diferencias antes anotadas. Esto es, la sustentación de la antijuridicidad de las conductas de cada uno, así como la acreditación de la relación causal entre la acción u omisión cuestionada y el resultado dañoso.

Cabe destacar que las comisiones auditoras no estarían obligadas a investigar qué funcionario o representante del contratista incumplió sus obligaciones laborales o contractuales con la empresa, ni evaluar la antijuridicidad de su conducta o acción. Los auditores solo deberán evidenciar en su informe los hechos que demuestren el incumplimiento de la contratista frente a la entidad, así como los clásicos elementos de la responsabilidad civil que ya hemos explicado a lo largo de este trabajo. En el caso de consorcios, deberán identificar cuáles son las empresas que lo conforman y los datos necesarios para que puedan ser judicialmente emplazadas.

Como se puede apreciar del análisis del marco constitucional y legal realizado, concordado con los tratados y las políticas de Estado orientados a luchar contra la corrupción y la impunidad, existe el sustento teórico para identificar como civilmente responsables en los informes de control gubernamental a los terceros que contratan con el Estado y que coadyuven con los funcionarios y servidores públicos en la generación de daños a aquél.

La mencionada nueva perspectiva y estrategia de control permitirá, a nivel estratégico y operativo, optimizar el resarcimiento de los daños que le fueron ocasionados al Estado, así como mejorar su rol prestacional, promoviendo positivos efectos económicos, sociales y políticos en beneficio de la población, así como del Estado democrático y constitucional de derecho.

## **CAPÍTULO 5. DISEÑO DE LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN**

### **5.1 OBJETIVO DE LAS PROPUESTAS**

Como se ha adelantado, este trabajo de investigación aplicada pretende formular dos propuestas para optimizar el resarcimiento de los daños ocasionados al Estado que han sido identificados en los informes de control de la CGR. La primera, para incentivar el pago de las sumas sentenciadas por parte de los funcionarios y servidores públicos ejecutados; y, la segunda, con un enfoque pragmático, para incorporar a los terceros que coadyuvaron con los funcionarios y servidores públicos en la generación de daños al Estado, como civilmente responsables en los informes de control.

### **5.2 IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE ALTERNATIVAS**

Atendiendo a que en este trabajo de investigación tiene dos objetivos claramente definidos, se va a desarrollar la identificación y descripción de las alternativas de solución para cada uno de ellos de manera separada, a partir de las diferentes fuentes que se han utilizado a partir del marco conceptual y la literatura sobre la materia, la data estadística del ente rector de control, las encuestas realizadas con académicos y

expertos en control gubernamental así como las encuestas a abogados especializados en los procesos civiles de indemnización de la CGR.

### 5.3 PAGO DE LAS SUMAS SENTENCIADAS POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS (OBJETIVO 1)

#### Identificación de las alternativas

Existen diferentes alternativas de solución respecto a este punto. Se mencionan a continuación las más relevantes, dejando constancia que todas ellas requieren modificaciones al marco legal vigente:

- a. Obligarles a constituir una previa garantía o caución para el ejercicio de sus funciones
- b. Obligarles a constituir una garantía o caución posterior a la sentencia firme para poder continuar en el ejercicio de sus funciones
- c. Separarlos del cargo -sin goce de haber- hasta que cumplan con pagar la suma sentenciada
- d. Iniciarles un proceso de insolvencia y posterior declaratoria de quiebra

**Tabla N° 5.1** Matriz de análisis de las alternativas

Alternativa	Descripción	Viabilidad	Eficacia	Eficiencia	Selección
Alternativa 1	Otorgamiento de caución previa al ejercicio de funciones	X	4	3	
Alternativa 2	Otorgamiento de garantía posterior a la sentencia firme	X	3	2	
Alternativa 3	Separación del cargo, sin goce de haber	X	2	4	
Alternativa 4	Inicio de proceso de quiebra, previo señalamiento de bien libre para embargo	X	1	1	X

Elaboración propia: Escala ordinal de menor a mayor (1° al 4°)

#### Descripción de las alternativas

Sobre la base del levantamiento de información realizado en el presente trabajo y su análisis en concordancia con los desarrollos teóricos previamente indicados, así como producto de las encuestas realizadas, podemos identificar varias alternativas viables, las cuales se describen brevemente a continuación.

**Primera alternativa.** Una primera opción es exigir a los funcionarios públicos, como se hace en España, que antes de la aceptación del cargo, otorguen una caución que garantice de manera suficiente los daños y perjuicios que pudiera ocasionar al Estado en el (irregular) ejercicio de sus funciones.

Esta medida, por lo general se aplica solo a aquellos administrativos que están relacionados directamente con el manejo de causales o efectos públicos de las entidades públicas en las cuales laboran, no a todo tipo de servidores públicos. Ello constituye una limitación significativa al espectro total. De lo contrario, si aceptamos extender este requisito a todo el personal, se generaría un altísimo costo de seguros especiales, lo cual podría llegar a constituir una barrera para el ingreso al sector público.

**Segunda alternativa.** Otra opción es que los funcionarios y servidores públicos que hayan sido identificados en un informe de control como civilmente responsables de daños al estado y, posteriormente, condenados al pago de una indemnización por daños y perjuicios, otorguen una garantía suficiente o celebren un compromiso de pago respecto de la suma sentenciada.

La eficiencia de esta medida es muy alta pues no genera mayores recursos al erario público ni a la CGR; sin embargo, carece de eficacia por la falta de sanciones efectivas contra los morosos. Una obligación sin una penalidad, resulta infructuosa y, más bien, le genera a la ciudadanía una percepción de impunidad.

Como se ha podido apreciar de las declaraciones de los expertos procesalistas, una gran mayoría de funcionarios y servidores públicos tiene escasa solvencia o, sobretodo, según señalan, ocultan sus bienes para que no sean afectados por medidas cautelares, pese a las gestiones de búsqueda de la Procuraduría Pública.

Tercera alternativa: Una opción adicional es impedir que los funcionarios y servidores públicos que no hayan cumplido con pagar las sumas sentenciadas por el

órgano jurisdiccional a favor del Estado por los perjuicios ocasionados en el incumplimiento de sus obligaciones, esto es, aquellos que hayan incumplido un mandato judicial de pago con autoridad de cosa juzgada, puedan contratar con el Estado ni ejercer función pública, hasta que garanticen su pago de manera idónea.

La alternativa antes mencionada requiere, como es obvio, una modificación del marco legal vigente. Sin embargo, por ahora deseamos concentrarnos en la viabilidad fáctica y jurídica de dicha alternativa, así como en su finalidad teleológica.

Un antecedente reciente se encuentra en la normativa vigente sobre la denominada “muerte civil”, regulada por ley (Poder Ejecutivo, 2016. Decreto Legislativo N° 1243, Decreto legislativo que modifica el código penal y el código de ejecución penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública y crea el registro único de condenados inhabilitados).

Dicha medida innovadora se realizó con base en las políticas anticorrupción del Acuerdo Nacional del año 2002, en particular, la política número 26 referida a:

la promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas, en virtud de la cual se estableció como objetivos desterrar la corrupción, promover una cultura de anticorrupción y regular la función pública para evitar su ejercicio en función de intereses particulares.

Después de muchos años, dicha política fue plasmada normativamente en el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016 (Poder Ejecutivo, 2012. Decreto Supremo N° 119- 2012-PCM), el cual establece como objetivos: la prevención eficaz de la corrupción; y, la investigación, procesamiento y sanción oportuna y eficaz de la corrupción en el ámbito administrativo y judicial.

La antes mencionada norma fue promulgada como una medida disuasiva de las conductas reprochables combatidas y encontraba su sustento en la pena de inhabilitación prevista por el artículo 38 del Código Penal. Dicha sanción, como se sabe, restringe de manera efectiva la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o

servicio público, específicamente, en el caso mencionado, a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la Administración Pública tipificados en la Sección II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII de dicha norma. (Comisión Revisora del Código Penal, 1991, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 635)

El antes referido Decreto Legislativo N° 1243, extendió los plazos de inhabilitación e, incluso, en algunos supuestos de delitos muy reprochables, dispuso la inhabilitación perpetua. Adicionalmente, creó el Registro Único de Condenados Inhabilitados por Delitos contra la Administración Pública.

No debe olvidarse, sin embargo, que dicho dispositivo ha sido expedido en la esfera del derecho penal, sancionador por naturaleza, más que resarcitorio. No obstante, permite vislumbrar las nuevas tendencias mundiales en materia anticorrupción y, en esa línea, sienta las bases para crear alternativas de solución con el objeto de incentivar el cumplimiento de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los casos de perjuicios en su contra y que han sido cuantificados por el sistema de control gubernamental en los informes de control que han identificado responsabilidad civil de los funcionarios o servidores públicos, sea que hubiesen actuado con culpa o dolo prestando sus servicios.

Para entender la lógica de la alternativa propuesta, cabe observar un momento qué sucede en el sector privado.

En la actividad privada imperan los principios de confianza y lealtad en la relación laboral entre empleador y trabajador, así como los principios de economía, eficacia, eficiencia y calidad. Esto es, no distan mucho de los principios que rigen en la administración pública. Las diferencias serias se aprecian, más bien, en la reacción operativa ante casos reprochables.

En efecto, es altamente probable que en caso un funcionario o servidor en la actividad privada ocasione un daño leve, se adopten de inmediato medidas para mitigar los riesgos de ocurrencia de eventos dañosos, incluyendo dentro de estas medidas, una mayor capacitación al personal. Sin embargo, cuando los efectos dañosos perjudican de manera significativa al patrimonio de la empresa, se procede, por lo general, a la extinción de la relación de trabajo y al trabajador en cuestión no se le vuelve a contratar

(algo similar a la inhabilitación), sin perjuicio de <sup>2</sup> iniciar las acciones legales para que la empresa pueda resarcirse de los daños ocasionados, si es que no había trasladado previamente el riesgo mediante la contratación de seguros.

Como es fácil imaginar, continuar manteniendo las relaciones de trabajo en el sector privado, mientras en paralelo se sigue ante el Poder Judicial un proceso de indemnización por responsabilidad civil entre ambas partes, no es una opción natural. Todo lo contrario; parece insostenible.

Bajo las mencionadas consideraciones, cabe preguntarse: ¿Cuál es la gran diferencia entre un tipo de empleador y otro? ¿Entre el sector público y privado? ¿Por qué el Estado debe soportar mantener una relación laboral que se ha vuelto tóxica y genera riesgos para el logro de sus objetivos?

Las reglas de la lógica, indican que no hay una gran diferencia. La respuesta a las precedentes inquietudes se puede encontrar en la teoría del daño, que se ha adelantado en el punto 2.7

Según la teoría del daño, cabe recordar, el Derecho debe enfocar sus esfuerzos en proteger y resarcir a las víctimas. En ese sentido, mantener en el sector público una relación de trabajo con <sup>2</sup> un funcionario o servidor público que no ha cumplido con garantizar ni pagar los perjuicios ocasionados no es justo y, más bien, victimiza por segunda vez al Estado, más aún cuando durante la secuela de la ejecución forzada, el respectivo ejecutado, “sancionado” por el órgano jurisdiccional debido a su conducta culposa o dolosa, puede estar en capacidad de afectar nuevamente el logro de los objetivos institucionales, en mayor o menor medida, según las funciones que deba cumplir.

Es probable que se pueda cuestionar la adopción de una medida de inhabilitación para trabajar en el sector público para aquellos funcionarios o <sup>1</sup> servidores públicos identificados en los informes de control de la CGR como responsables civiles de perjuicios ocasionados al Estado por su actuación dolosa o culposa, sin embargo, cabe recomendar que dicha medida se aplique solo después de una sentencia firme y en la respectiva etapa de ejecución del respectivo mandato judicial; además, por tiempo

limitado. La idea no es llegar tan lejos en el tema reparador/sancionador, pero no se debe descartar este tipo de medidas.

En materia civil, como bien sabemos, el interés del Estado es -principalmente- lograr su resarcimiento. En esta línea, podemos, más bien, evaluar y proponer otras alternativas que incentiven dicha reparación y permitan restituir la armonía que debe existir en las relaciones previamente afectadas.

Esta alternativa de proceder a la suspensión de sus funciones públicas y separación del cargo a los funcionarios y servidores públicos hasta que no cumplan con pagar o, por lo menos, celebrar un convenio de pago y garantizar el íntegro de la suma ejecutada, aparenta razonabilidad, aunque puede discutirse la proporcionalidad de la medida.

Dicha suspensión, de carácter temporal y sin goce de haber, incentivará al ejecutado cumpla lo ejecutado, restableciendo la paz social. El ocultamiento de los bienes por parte de los demandados comenzará a perder sentido y se podrá reducir esta práctica fraudulenta, difundida en nuestro país. Por otro lado, fomentará la protección de la víctima garantizándole un oportuno resarcimiento y, en paralelo, evitará que el Estado ponga en riesgo el cumplimiento de sus objetivos manteniendo en sus funciones a trabajadores con los cuales está litigando y que pueden aprovechar su posición funcional para obstaculizar o afectar de cualquier modo los intereses institucionales.

La única excepción para separar del cargo o restringir el acceso a trabajar con el Estado, sería para aquellos funcionarios públicos que han sido elegido mediante el voto popular, en consideración a los convenios sobre la materia que han sido ratificados por el Estado peruano y a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para el caso de los funcionarios y servidores públicos que ya no laboren para el Estado, la medida consistirá en restringir su acceso al sector público en tanto no cumplan con pagar o garantizar las sumas ejecutadas, como en el supuesto anterior.

La medida antes mencionada no afecta el derecho fundamental de trabajo, en lo referente al derecho de acceso a trabajar, pues no se restringe que el ejecutado preste

sus servicios al sector privado, si lo considera conveniente; o, en su defecto, trabaje de manera independiente. La restricción es temporal o, más bien dicho, condicional. Solo opera para trabajar con el Estado y puede ser levantada o superada mediante el pago de la suma sentenciada o, por lo menos, con el otorgamiento de garantías suficientes y adecuadas para el cumplimiento de pago a plazos de dicha obligación.

Como podemos colegir, la razonabilidad de la medida propuesta es adecuada y contribuye, al final del día, a brindarle mejores servicios y más oportunidades de desarrollo a los ciudadanos, en especial a los más vulnerables que necesitan un Estado fuerte que les brinde buenos servicios públicos y oportunidades de desarrollo. No obstante, los expertos encuestados han estado, en gran mayoría, en desacuerdo con esta radical medida.

En este caso, consideramos que debe profundizarse y hacerse más práctico el proceso de registro de deudores judiciales morosos en aquellos casos de incumplimiento de pago de sumas sentenciadas en los procesos indemnizatorios seguidos por el Estado. Es importante el registro de estos morosos para que los miembros de la sociedad los puedan identificar y sacar sus conclusiones respecto a los antecedentes de las personas con las cuales, eventualmente, estuviesen interesadas en contratar.

Cuarta: Una alternativa adicional, viable, eficaz y eficiente, con gran poder disuasivo y seleccionada como la mejor entre todas por este trabajo de investigación, es que el marco legal facilite la declaración de quiebra de los deudores morosos del Estado en caso no estén siquiera en capacidad de señalar bienes libres para embargo que cubran las sumas resarcitorias fijadas en sentencias firmes y que son materia de un proceso de ejecución.

Cabe precisar, sobre el particular, que el actual proceso concursal seguido ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, conforme a la normativa sobre reestructuración empresarial, es adecuado para otro tipo de deudores y deudas, en particular para personas jurídicas; sin embargo, no está precisamente diseñado para personas naturales. Resulta muy lento, engorroso, ineficiente e inefectivo en el caso de estas últimas. (Poder Ejecutivo, 1996, Decreto Legislativo 845 - Ley de Reestructuración Patrimonial)

En efecto, una rápida declaratoria de quiebra, ante la imposibilidad o incapacidad del deudor moroso para señalar bienes libres para embargo que puedan ser luego liquidados, descarta la lógica concursal y, más bien, sustenta la necesidad de adoptar medidas céleres, eficientes y efectivas, para la mencionada declaratoria oficial de quiebra dictada por el Órgano Jurisdiccional. Debe señalarse que los efectos de esta última pueden ser levantados mediante el pago de la suma ejecutada o, eventualmente, por el transcurso del tiempo, es decir, al vencimiento del plazo máximo que la ley señale, como sucede en otros países que otorgan los efectos de la quiebra solo por un determinado tiempo, el cual se recomienda no sea mayor a diez años.

El antecedente de este expeditivo sistema lo desarrolló el derogado Código de Procedimientos Civiles, más dejó de utilizarse cuando se suprimió el cargo de Síndico de Quiebras y se pretendió regular la materia mediante una ley especial de reestructuración patrimonial. La modificación posterior de esta última norma mediante la Ley N° 27146, generó un procedimiento engorroso antes de declarar la inexistencia de concurso, así como produjo cierto vacío legal en el tratamiento de la declaratoria de insolvencia de las personas naturales, lo cual sería una oportunidad pendiente de aprovechar sin mayores costos para su implementación, pero de gran impacto por su evidente poder disuasivo. (Congreso de la República, 1999, Ley N° 27146: Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial)

### **Formulación de la intervención**

La intervención requiere dos líneas separadas que se indican a continuación:

- (1) La primera y principal intervención consiste en la presentación, por parte de la CGR, de un proyecto de ley que modifique parcialmente la Ley N° 27146: Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial. El objetivo es establecer un procedimiento simple y celer para declarar la quiebra de las personas naturales que, habiendo sido identificadas en los informes de control como civilmente responsables de daños al Estado, no hubiesen cumplido con pagar oportunamente las sumas sentenciadas luego de haber sido requeridos para señalar bien libre para embargo.

En este caso, la respectiva fórmula legal excede el objetivo de este trabajo de investigación.

- (2) La segunda, subsidiaria de la primera, es formar y capacitar a los abogados de la Procuraduría Pública de la CGR en el recupero de las sumas sentenciadas en los procesos civiles a su cargo por daños y perjuicios contra el Estado, incluyendo las particularidades del procedimiento de señalamiento de bien libre y quiebra materia de la propuesta, aparte de los procedimientos cautelares a su cargo.

En este caso, el desarrollo del respectivo proceso de capacitación excede el objetivo de este trabajo de investigación.

A continuación, realizaremos un breve flujo de ambos procesos, con sus respectivas matrices de intervención y diagrama de Gantt.

### Proyecto de ley

La primera línea de intervención para lograr una ley que modifique parcialmente la Ley N° 27146: Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, requiere la participación de varias unidades orgánicas de la CGR dentro de su marco de actuación funcional.

Por un tema de especialidad, el anteproyecto de ley con la exposición de motivos, fórmula legal y el respectivo análisis costo-beneficio debe ser elaborado por la Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad, en coordinación con la Procuraduría Pública de la CGR. Dicho documento es remitido a la Secretaría General para que la remita a la Vicecontraloría de Integridad y Control para su visado y conformidad. Luego debe retornar a la Secretaría General y ser remitido al Despacho Contralor para su revisión y aprobación. Si no se requieren ajustes que requieran retomar el documento al flujo inicial, el documento debidamente autorizado es remitido a la Gerencia de Relaciones Interinstitucionales o a la que haga sus funciones, a fin que sea presentado al Congreso de la República y se proceda a su seguimiento.

Tabla N° 5.2 Matriz de desarrollo de la intervención

Componente	Actividad	Costo	Responsable	Plazo	Indicador de desempeño
------------	-----------	-------	-------------	-------	------------------------

Formular	Elaborar el anteproyecto de la exposición de motivos, fórmula legal y análisis costo-beneficio.	S/3 270	Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad CGR	2 semanas	Anteproyecto con elementos básicos
	Ajustar el anteproyecto de ley, de acuerdo a las necesidades de la Institución	S/1 990	Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad CGR	1 semana	Porcentaje de reuniones sostenidas con la PP-CGR. Anteproyecto ajustado
Coordinar	Proponer el proyecto del convenio a Vicecontraloría de Integridad y Control	S/5 997	Vicecontraloría de Integridad y Control y Secretaría General	1 semana	Número de reuniones sostenidas entre el responsable y la alta dirección
	Proponer el proyecto del convenio al despacho Contralor	S/1 635	Secretaría General y Despacho de Contralor	1 semana	Número de reuniones sostenidas entre el responsable y el DC.
Definir	Elaborar el proyecto final listo para la Gerencia de Relaciones y el Congreso de la República	S/1 990	Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad y Gerencia de Relaciones Interinstitucionales	1 semana	Proyecto de ley concluido y remitido al Congreso de la República

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla N° 5.3** Diagrama de Gantt

Actividad	S 1	S 2	S 3	S 4	S 5	S 6
<b>Componente 1: Formular</b>						
Elaborar el anteproyecto de la exposición de motivos, fórmula legal y análisis costo-beneficio						
Ajustar el anteproyecto de ley, de acuerdo a las necesidades de la Institución						

<b>Componente 2: Coordinar</b>						
Proponer el proyecto del convenio a Vicecontraloría de Integridad y Control						
Proponer el proyecto del convenio al despacho Contralor						
<b>Componente 3: Definir</b>						
Elaborar el proyecto final listo para la Gerencia de Relaciones interinstitucionales y el Congreso de la República						

Fuente: Elaboración propia.

### Formación y capacitación de los abogados

Las actividades de formación corresponden en la CGR a la Gerencia de Capital Humano. Esta, a través de la subgerencia de Políticas y Desarrollo Humano, debe elaborar el plan de capacitación, el cual debe ser coordinado con la PP-CGR. Posteriormente, debe ser remitido a la Secretaría General para ser enviado a la Escuela Nacional de Control (ENC) a fin que evalúe la mejor forma de gestionar el respectivo conocimiento y la formación de los abogados especializados de la PP-CGR. Una vez evaluado y validado, el plan correspondiente junto con los anexos relacionados con el presupuesto estimado y la relación de los recursos humanos y logísticos necesarios, debe ser remitido a la Secretaría General para su conocimiento y aprobación, con conocimiento de la Gerencia de Administración. Luego, el documento final se devuelve a la ENC para el inicio de la respectiva capacitación.

**Tabla N° 5.4** Matriz de desarrollo de la intervención

Componente	Actividad	Costo	Responsable	Plazo	Indicador de desempeño
Formular	Elaborar el Plan de Capacitación del personal focalizado	S/3 270	Gerencia de Capital Humano - Subgerencia de Políticas y Desarrollo Humano	2 semanas	Proyecto de Plan con elementos básicos

	Ajustar el anteproyecto de ley, de acuerdo a las necesidades de la Institución	S/1 990	25 Gerencia de Capital Humano - Subgerencia de Políticas y Desarrollo Humano	1 semana	Porcentaje de reuniones sostenidas con la PP-CGR.  Proyecto ajustado
Coordinar	Proponer el proyecto del Plan a Vicecontraloría de Integridad y Control	S/5 997	Vicecontraloría de Integridad y Control y Secretaría General	1 semana	Número de reuniones sostenidas entre el responsable y la alta dirección
	Proponer el proyecto del Plan al despacho Contralor	S/1 635	Secretaría General y Despacho de Contralor	1 semana	Número de reuniones sostenidas entre el responsable y el DC.
Definir	Elaborar el proyecto final del Plan listo para remitirlo a la ENC para su implementación	S/1 990	25 Gerencia de Capital Humano - Subgerencia de Políticas y Desarrollo Humano	1 semana	Proyecto de Plan concluido y remitido a la ENC

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla N° 5.5** Diagrama de Gantt

Actividad	S 1	S 2	S 3	S 4	S 5	S 6
<b>Componente 1: Formular</b>						
Elaborar el proyecto del Plan de Capacitación						
Ajustar el proyecto del Plan, de acuerdo a las necesidades de la Institución						
<b>Componente 2: Coordinar</b>						
Proponer el proyecto del convenio a Vicecontraloría de Integridad y Control						
Proponer el proyecto del convenio al despacho Contralor						
<b>Componente 3: Definir</b>						

Elaborar el proyecto final del Plan de Capacitación listo para su implementación por la Escuela Nacional de Control							
---	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: Elaboración propia.

### Análisis de la viabilidad

La viabilidad organizacional de la última opción antes analizada que favorece la declaratoria de quiebra de los deudores morosos del Estado, tiene un antecedente legislativo y doctrinario histórico, así como ha sido confirmada con las encuestas realizadas a académicos, expertos en control gubernamental y abogados especializados en los procesos de indemnización por daños y perjuicios a cargo de la Procuraduría Pública de la CGR. Todos ellos, casi por unanimidad, estuvieron muy de acuerdo con las medidas para simplificar el proceso de quiebra de los deudores morosos del Estado, lo cual solo requiere otorgarles previamente la oportunidad de señalar bien libre para embargo.

La viabilidad financiera tampoco es un problema por cuanto la afectación al presupuesto de la CGR es mínima atendiendo a que la actual estructura organizacional y las unidades orgánicas relacionadas están plenamente capacitadas para desarrollar la propuesta.

Respecto a la viabilidad normativa, debe distinguirse dos niveles: el ámbito de intervención y las dificultades normativas. En cuanto al primero, debe reiterarse que la CGR es el ente rector del sistema nacional de control, con facultades normativas sobre la materia a nivel de directivas y lineamientos, entre otros. Asimismo, tiene capacidad de propuesta legislativa en los temas que le conciernen y afectan, como en el presente caso, aunque de manera limitada y, en ocasiones, indirecta. Con relación al segundo nivel, la dificultad de modificar parcialmente la ley de reestructuración en lo referido al tratamiento de la declaratoria de insolvencia de las personas naturales, es un cambio importante, pero en el cual existen las condiciones para ello por los negativos resultados de la norma sobre el particular que exigen una modificación sustantiva en dicho extremo.

La alternativa materia de análisis presenta un alto índice de eficacia por la potencia de su nivel suasorio para los funcionarios y servidores públicos, aparte de retirar del sector laboral público a aquellos funcionarios que, no siendo capaces de administrar sus finanzas personales, pretenden gestionar las finanzas del erario público.

En un análisis costo eficiencia se puede concluir que el cambio normativo no genera mayores gastos a la CGR ni al Estado, pues no requiere contar con una gran cantidad de recursos para dicho efecto, pero sí reportaría ingentes beneficios a la CGR y al Estado, como se ha indicado oportunamente en este trabajo de investigación.

Los mencionados criterios se mencionan gráficamente a continuación.

**Tabla N° 5.6** Criterios del análisis de viabilidad de la intervención propuesta

Tipo y subtipo de viabilidad		Valores presentados	Valor obtenido
Viabilidad organizacional	Política	0= En desacuerdo con los expertos en control 1= De acuerdo con los expertos en control 2= Muy de acuerdo con los expertos en control	2
	Capacidad	0= La CGR no tiene la capacidad para desarrollar la propuesta 1= La CGR tiene una capacidad de nivel medio 2= La CGR tiene una capacidad de nivel alto	2
Viabilidad financiera		0 = La CGR no puede costear la innovación propuesta 1 = La CGR puede costear la innovación propuesta, aunque con dificultades 2 = La CGR puede costear la innovación propuestas sin dificultades	2
Viabilidad normativa	Ámbito	0 = Fuera del ámbito de intervención de la CGR 1 = Dentro del ámbito de intervención de la CGR, pero con algunas restricciones 2 = Dentro del ámbito de intervención de la CGR	1
	Dificultades normativas	0 = La propuesta implica un cambio normativo importante y de alto nivel 1 = La propuesta implica un cambio normativo de nivel medio 2 = La propuesta no implica un cambio normativo importante	1
Total:			08

#### 5.4 RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS QUE OCASIONARON DAÑOS AL ESTADO (OBJETIVO 2)

## Identificación de las alternativas

Con relación a este punto existen también diferentes alternativas, que se mencionan a continuación:

- a. Incluir en los informes de control que identifican responsabilidad civil a los contratistas que hayan coadyuvado con los servidores públicos en generar daño al Estado, previa modificación del marco legal vigente
- b. Afectar el presupuesto de las entidades públicas que no hubiesen detectado y accionado contra los presuntamente responsables de los daños y perjuicios que le han ocasionado sus servidores públicos, previa modificación del marco legal vigente
- c. Otorgar un porcentaje del cobro efectivo a la CGR, previa modificación del marco legal vigente
- d. Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades directamente afectadas

**Tabla N° 5.7** Matriz de análisis de las alternativas

Alternativa	Descripción	Viabilidad	Eficacia	Eficiencia	Selección
Alternativa 1	Inclusión de los terceros en los informes de control	X	1	1	X
Alternativa 2	Impedir contratar con el Estado a las empresas que tengan procesos de indemnización en trámite con el Estado	X	2	2	
Alternativa 3	Afectación del presupuesto de las entidades negligentes	X	3	5	
Alternativa 3	Otorgamiento de porcentaje de sumas cobradas a la CGR	X	4	4	
Alternativa 5	Delegación de cobranzas a las entidades directamente afectadas	X	5	3	

## Descripción de las alternativas

**Primera alternativa.** La primera de las opciones mencionadas en el precedente cuadro para incluir a los terceros partícipes en los informes de control cuando han coadyuvado con los funcionarios y servidores públicos en la generación de daño al Estado, ha sido seleccionada como la mejor por cumplir cabalmente los criterios de viabilidad, eficacia y eficiencia, como se desarrollará. Por ahora, este trabajo de investigación se limitará a describir brevemente las otras alternativas existentes.

**Segunda alternativa.** La opción de impedir contratar a las empresas que tengan procesos de indemnización con el Estado es un disuasivo muy importante para aquellas compañías que se dedican a la contratación pública y basta con emitir una norma que así lo disponga. No obstante, puede llevar a la comisión de abusos en la identificación de responsabilidad civil de las personas jurídicas, más aún cuando no está limitada a la actuación del ente rector de control. El riesgo de esos abusos se mitigaría exigiendo que la responsabilidad civil haya sido identificada previamente por una comisión auditora, sin embargo, esto nos lleva a la exigencia previa de la primera alternativa, esto es, diseñar un marco legal para que, en los informes de control y normativa complementaria, se comprenda a los terceros que hubiesen ocasionado daños al Estado, lo cual le resta cierta eficacia a la alternativa.

**Tercera alternativa.** La afectación del presupuesto de las entidades es una práctica que existe en otros países para disuadir comportamientos negligentes de los funcionarios públicos en el cuidado y la cautela del uso de los recursos del Estado; y, además, para sancionar la negligencia de las entidades en supervisar a sus funcionarios y servidores encargados de dichas funciones de cautela. Como se puede apreciar, la finalidad es doble: disuasiva y represiva o sancionadora.

Esta opción, sin embargo, genera varios problemas que le restan eficacia. En primer lugar, indirectamente, se agrava la afectación al ciudadano que requiere los servicios públicos que el Estado le debe brindar a través de las entidades públicas, no siendo responsable, en definitiva, de la indebida o negligente actuación de los servidores que actuaron dolosa o culposamente. En segundo lugar, la irregular actuación de estos últimos que generaron el daño al Estado, se ve diluida por la sanción a la entidad pública,

lo cual se contradice con uno <sup>8</sup> de los principales objetivos estratégicos y operativos de la CGR.

Respecto a la eficiencia <sup>de</sup> esta medida, debemos considerar que, según nuestra legislación vigente, cualquier ejecución de sentencia que impacta sobre el presupuesto de una entidad, debe sujetarse a un procedimiento especial de prelaturas que puede diferir varios años el cobro del crédito, generando incertidumbre en la respectiva gestión financiera; lo cual puede resultar muy costosa para la sancionada.

**Cuarta alternativa.** La opción de otorgar un porcentaje de la cobranza de las sumas sentenciadas a la CGR ofrece la ventaja de aumentar los recursos directamente recaudados de la Institución, permitiendo fortalecer las áreas de detección, investigación y procesamiento de conductas reprochables. Un ejemplo en el Perú lo constituyó el citado beneficio que tuvo el Ministerio de Justicia durante la vigencia del derogado Decreto Legislativo de Defensa Jurídica del Estado con relación a las reparaciones civiles recaudadas <sup>3</sup> en los procesos penales por delitos de corrupción, cuyo 50% quedaba <sup>12</sup> para el Ministerio de Justicia y el saldo para la entidad agraviada. (Poder Ejecutivo. Decreto Legislativo N° 1068. 2008. Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado. Tercera Disposición Complementaria Final)

La desventaja de esta alternativa, a nivel de eficacia, es que no supera el problema ya mencionado de la escasa solvencia <sup>3</sup> de los funcionarios y servidores públicos demandados, demostrado en este trabajo de investigación.

Con relación a la eficiencia, existía controversia pues se afirmaba por los opositores a dicha medida que el 100% de los recursos recaudados podía y debía ser manejado de manera más adecuada por la autoridad fiscal, evitando excesos que pudieran afectar la asignación de recursos públicos a favor de la población.

Quinta alternativa: La opción de delegar la cobranza a las entidades directamente afectadas es, en esencia, lo que sucede actualmente en la mayoría de los casos y, como se aprecia en la práctica, no resulta eficaz. Por un lado, tropieza con la referida escasa solvencia de los funcionarios. Por otro, se enfrenta al ocultamiento fraudulento del patrimonio de los servidores públicos. Por su fuera poco, existe en algunas entidades un

falso espíritu de cuerpo que tolera la morosidad de sus servidores y favorece la impunidad.

Realizado el análisis de las mencionadas opciones, corresponde retornar a evaluar la primera alternativa seleccionada, esto es, la inclusión en los informes de control de los terceros, especialmente contratistas que, incumpliendo sus obligaciones contractuales, hubiesen coadyuvado con los funcionarios y servidores públicos en la generación de daños y perjuicios al Estado.

En nuestro país, como se ha adelantado, el marco legal existente no facilita comprender como civilmente responsables a los antes mencionados terceros partícipes, pese a que, como ya se ha expuesto, la lógica y la metodología para identificar dicha responsabilidad en los informes de control sería muy similar a la utilizada para los funcionarios y servidores públicos.

La escasa solvencia de los funcionarios y servidores públicos, así como una reconocida práctica fraudulenta para ocultar su patrimonio a las autoridades de control, nos impele a evaluar qué otros sujetos activos del daño al Estado pueden ser comprendidos en los informes de control. Las reglas de la lógica y la experiencia profesional nos indican que los terceros, tales como los contratistas del Estado, participan a menudo en la generación del daño a las entidades públicas con las cuales establecen una relación jurídica contractual.

La respuesta inmediata es, pues, modificar el marco legal. En efecto, no acudimos a una posición simplista, sino que, analizada la situación, podemos concluir que, en última instancia, nos enfrentamos solo a una política legislativa y a una opción normativa.

La viabilidad de dicha opción requiere un previo análisis de la legitimidad de la medida de comprender a los terceros como civilmente responsables. Al efecto, nos remitimos a la argumentación brindada en los precedentes capítulos, la cual sustenta la validez y legitimidad de dicha incorporación en los informes de control. La pregunta que surge respecto a esta posibilidad es, más bien, ¿por qué no? En efecto, ¿existe, acaso, alguna limitación material o sustantiva, más allá de una interpretación legislativa en materia de control, que impida identificar responsabilidad civil a los terceros cuando en los informes

de la CGR se determina un daño al Estado por incumplimiento de las obligaciones previamente asumidas por aquellos? Como hemos visto, no existe.

De manera tradicional se ha auditado la actuación de los funcionarios y servidores públicos en el uso de los bienes y recursos del Estado. Los efectos positivos de dicho control han sido muchos; sin embargo, en materia de lograr un cabal resarcimiento del Estado por los daños y perjuicios que le han sido ocasionado, esencialmente en materia de contrataciones públicas, los resultados han sido desalentadores. No por el nivel de éxito en los respectivos procesos judiciales sustentados en informes de control que identificaron responsabilidad civil (el cual -como hemos adelantado- ha sido muy alto), sino por la ineficacia en la cobranza de las sumas sentenciadas, por todas las razones que oportunamente hemos expuesto. Esta situación debe ser modificada. Si seguimos haciendo lo mismo, difícilmente lograremos un cambio que agregue valor, como sostenía Albert Einstein.

Los beneficios de esta alternativa y su eficacia son indiscutibles, comenzando por la solvencia económica financiera de los terceros, sobre todo los contratistas del Estado, los cuales, por el propio giro de sus negocios, están obligados a contar con experiencia y solvencia para participar en los procesos de selección de obras públicas. Cuánto más importante la licitación, mayor la capacidad financiera requerida, lo cual contribuye a garantizar el resarcimiento de los daños que estos pudieran ocasionar al Estado por la eventual inejecución cabal de sus obligaciones.

La eficiencia de la medida es muy alta, más aún cuando no genera mayores recursos al Estado ni a la Institución realizar las modificaciones normativas que se requieren para tal efecto. De igual modo, son mínimos los costos de la capacitación de los auditores para que, oportunamente, puedan dirigir sus esfuerzos al involucramiento de los terceros como responsables solidarios de los funcionarios que hubiesen generado daños y perjuicios al Estado, en los casos que corresponda.

### **Formulación de la intervención**

La intervención requiere dos líneas de acción, que se indican a continuación:

- (1) La primera y principal intervención consiste en la presentación, por parte de la CGR, de un proyecto de ley que modifique parcialmente la Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, especialmente en la definición de Responsabilidad Civil contenida en la Novena Disposición Final, a fin que se incluya a los terceros que hubiesen coadyuvado con los funcionarios y servidores públicos en la generación de daños al Estado. El objetivo de la intervención a nivel legislativo es que todos los dispositivos legales relacionados con la responsabilidad civil, no se limiten a mencionar a los funcionarios y servidores públicos, sino que se comprendan también a los terceros que fueran identificados en los informes de control.

En este caso, la respectiva fórmula legal excede el objetivo de este trabajo de investigación.

- (2) La segunda, subsidiaria de la primera, es modificar la normativa de control con la finalidad anotada en el punto anterior de tal manera que las comisiones auditoras no duden en comprender a los terceros como civilmente responsables, cuando corresponda. Ello no se limita a residentes y supervisores, como excepcionalmente se ha hecho hasta la fecha, sino, principalmente, a los contratistas.

En este caso, el desarrollo de los respectivos lineamientos internos excede el objetivo de este trabajo de investigación, sin embargo, debe destacarse la conveniencia de formular normas internas que fortalezcan la labor de los auditores en todos los casos, es decir, desarrollar una normativa integral.

A continuación, realizaremos un breve flujo de ambos procesos, con sus respectivas matrices de intervención y Diagrama de Gantt.

### **Elaboración de proyecto de ley**

La primera línea de intervención para lograr una ley que modifique parcialmente la Ley N° 27785, requiere la participación de varias unidades orgánicas de la CGR dentro de su marco de actuación funcional.

Por un tema de especialidad, el anteproyecto de ley con la exposición de motivos, fórmula legal y el respectivo análisis costo-beneficio debe ser elaborado por la Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad, en coordinación con la Procuraduría Pública de la CGR. Dicho documento es remitido a la Secretaría General para que la remita a la Vicecontraloría de Integridad y Control para su visado y conformidad. Luego debe retornar a la Secretaría General y ser remitido al Despacho Contralor para su revisión y aprobación. Si no se requieren ajustes que requieran retomar el documento al flujo inicial, el documento debidamente autorizado es remitido a la Gerencia de Relaciones Interinstitucionales o a la que haga sus funciones, a fin que sea presentado al Congreso de la República y se proceda a su seguimiento.

**Tabla N° 5.8** Matriz de desarrollo de la intervención

Componente	Actividad	Costo	Responsable	Plazo	Indicador de desempeño
Formular	Elaborar el anteproyecto de la exposición de motivos, fórmula legal y análisis costo-beneficio.	S/3 270	Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad CGR	2 semanas	Anteproyecto con elementos básicos
	Ajustar el anteproyecto de ley, de acuerdo a las necesidades de la Institución	S/1 990	Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad CGR	2 semanas	Porcentaje de reuniones sostenidas con la PP-CGR y otras UUOO. Anteproyecto ajustado
Coordinar	Proponer el proyecto del convenio a Vicecontraloría de Integridad y Control	S/5 997	Vicecontraloría de Integridad y Control y Secretaría General	1 semana	Número de reuniones sostenidas entre el responsable y la alta dirección
	Proponer el proyecto del convenio al despacho Contralor	S/1 635	Secretaría General y Despacho de Contralor	1 semana	Número de reuniones sostenidas entre el responsable y el DC.

Definir	Elaborar el proyecto final listo para la Gerencia de Relaciones y el Congreso de la República	S/1 990	Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad y Gerencia de Relaciones Interinstitucionales	1 semana	Proyecto de ley concluido y remitido al Congreso de la República
---------	---	---------	--	----------	--

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla N° 5.9** Diagrama de Gantt

Actividad	S 1	S 2	S 3	S 4	S 5	S 6	S 7
<b>Componente 1: Formular</b>							
Elaborar el anteproyecto de la exposición de motivos, fórmula legal y análisis costo-beneficio							
Ajustar el anteproyecto de ley, de acuerdo a las necesidades de la Institución							
<b>Componente 2: Coordinar</b>							
Proponer el proyecto del convenio a Vicecontraloría de Integridad y Control							
Proponer el proyecto del convenio al despacho Contralor							
<b>Componente 3: Definir</b>							
Elaborar el proyecto final listo para la Gerencia de Relaciones interinstitucionales y el Congreso de la República							

Fuente: Elaboración propia.

### Modificación de la normativa de control

Al igual que en el caso anterior, la modificación de todas las normas internas que tienen relación con la adecuada incorporación de los terceros como responsables civiles en los informes de control, requiere la participación de varias unidades orgánicas de la CGR dentro de su marco de actuación funcional.

Por un tema de especialidad, la relación de las normas internas que pueden ser afectadas debe ser elaborado por la Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad, en coordinación con la Procuraduría Pública de la CGR y la Vicecontraloría de Control Sectorial y Territorial. Dicho documento es remitido a la Secretaría General para que la remita a la Vicecontraloría de Integridad y Control para su visado y conformidad. Luego debe retornar a la Secretaría General y ser remitido al Despacho Contralor para su revisión y aprobación. La socialización de estos proyectos normativos puede requerir coordinaciones constantes con las unidades de línea, proceso que debe ser liderado por la Vicecontraloría a cargo de dichas unidades orgánicas.

**Tabla N° 5.10** Matriz de desarrollo de la intervención

Componente	Actividad	Costo	Responsable	Plazo	Indicador de desempeño
Formular	Elaborar los anteproyectos de cada norma, con la exposición de motivos y fórmula legal	S/ 3 270	Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad CGR	2 semanas	Anteproyectos con elementos básicos
	Ajustar los anteproyectos de cada norma, de acuerdo a las necesidades de la Institución	S/ 7960	Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad CGR	4 semanas	Porcentaje de reuniones sostenidas con otras UUOO. Anteproyectos ajustados
Coordinar	Proponer los proyectos de cada norma a la Vicecontraloría de Integridad y Control	S/ 5 997	Vicecontraloría de Integridad y Control y Secretaría General	1 semana	Número de reuniones sostenidas entre el responsable y la alta dirección

	Proponer los proyectos de cada norma al despacho Contralor	S/ 1 635	Secretaría General y Despacho de Contralor	1 semana	Número de reuniones sostenidas entre el responsable y el DC.
Definir y difundir	Elaborar los proyectos finales de cada norma para su publicación en el portal institucional	S/1 990	Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad	1 semana	Proyectos de normas concluidos y remitidos para su difusión y publicación en el portal

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla N° 5.11 Diagrama de Gantt**

Actividad	S 1	S 2	S 3	S 4	S 5	S 6	S 7	S 8	S 9
<b>Componente 1: Formular</b>									
Elaborar los anteproyectos de cada norma modificada, con su exposición de motivos y fórmula legal									
Ajustar los anteproyectos de cada norma modificada, de acuerdo a las necesidades de la Institución									
<b>Componente 2: Coordinar</b>									
Proponer los proyectos de cada norma a Vicecontraloría de Integridad y Control									
Proponer los proyectos de cada norma al despacho Contralor									
<b>Componente 3: Definir y difundir</b>									
Elaborar los proyectos finales listo para su difusión y publicación en el portal institucional									

Fuente: Elaboración propia.

### **Análisis de la viabilidad**

En cuanto a la viabilidad de la alternativa seleccionada, consideramos que es absoluta, siempre y cuando se modifique el marco legal vigente, a nivel legislativo y, luego, a nivel normativo dentro de las normas generales de control gubernamental.

Los beneficios y las ventajas económicas, políticas, sociales y financieras de incluir a los terceros, son abrumadoras. Al respecto, nos remitimos a lo adelantado en el capítulo 4. Por el contrario, las desventajas son casi imperceptibles, más aún en el mediano y largo plazo, luego de desarrollado el marco legal necesario para despejar cualquier duda sobre la legalidad de la propuesta. Los criterios respectivos los desarrollamos en el cuadro que sigue a continuación.

En lo que respecta a la viabilidad organizacional de esta última opción que promueve comprender a los terceros como civilmente responsables cuando hubiesen coadyuvado con los funcionarios y servidores públicos en la generación de daños al Estado, identificados en los informes de control, ésta ha sido confirmada con las encuestas realizadas a académicos y expertos en control gubernamental, así como a abogados especializados en los procesos civiles de indemnización por daños y perjuicios a cargo de la Procuraduría Pública de la CGR, los cuales casi por unanimidad estuvieron muy de acuerdo con dicha propuesta. Además, no se requieren nuevas unidades orgánicas, sino solo capacitar a los auditores en dicha línea de acción.

La viabilidad financiera tampoco es un problema por cuanto la afectación al presupuesto de la CGR es mínima atendiendo a que las comisiones auditoras no requieren contratar personal especializado para tal efecto. La actual estructura organizacional y las unidades orgánicas relacionadas están plenamente capacitadas para desarrollar la propuesta.

Respecto a la viabilidad normativa, debe distinguirse dos niveles: el ámbito de intervención y las dificultades normativas. En cuanto al primero, debe reiterarse que la CGR es el ente rector del sistema nacional de control, incluyendo facultades normativas sobre la materia a nivel de directivas y lineamientos, entre otros. Asimismo, tiene capacidad de propuesta legislativa en los temas que le conciernen y afectan, como en el presente caso, en que se recomienda la modificación de su propia ley orgánica, gestión que no debe generar mayor complicación en ese aspecto.

En cuanto al segundo nivel, la dificultad de modificar parcialmente la ley orgánica de la CCGR, sin duda representa un cambio importante, pero de nivel medio, atendiendo a la mencionada rectoría de la Institución y los evidentes beneficios de la propuesta.

**Tabla N° 5.12** Criterios del análisis de viabilidad de la intervención propuesta

Tipo y subtipo de viabilidad		Valores presentados	Valor obtenido
Viabilidad organizacional	Política	0= En desacuerdo con los expertos en control 1= De acuerdo con los expertos en control 2= Muy de acuerdo con los expertos en control	2
	Capacidad	0= La CGR no tiene la capacidad para desarrollar la propuesta 1= La CGR tiene una capacidad de nivel medio 2= La CGR tiene una capacidad de nivel alto	2
Viabilidad financiera		0 = La CGR no puede costear la innovación propuesta 1 = La CGR puede costear la innovación propuesta, aunque con dificultades 2 = La CGR puede costear la innovación propuestas sin dificultades	2
Viabilidad normativa	Ámbito	0 = Fuera del ámbito de intervención de la CGR 1 = Dentro del ámbito de intervención de la CGR, pero con algunas restricciones 2 = Dentro del ámbito de intervención de la CGR	2
	Dificultades normativas	0 = La propuesta implica un cambio normativo importante y de alto nivel 1 = La propuesta implica un cambio normativo de nivel medio 2 = La propuesta no implica un cambio normativo importante	1
Total:			09

Como se puede apreciar en el cuadro precedente, el valor obtenido es muy alto y demuestra la viabilidad de la precitada alternativa de solución.

## CAPÍTULO 6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 6.1 CONCLUSIONES SOBRE LA BASE DE LOS RESULTADOS

La información recopilada, la revisión del estado del arte en la materia, las opiniones obtenidas a partir de las encuestas realizadas a académicos, expertos en control gubernamental y abogados civilistas expertos en procesos indemnizatorios, así como la data acopiada, especialmente en la CGR, así como su respectivo análisis, permiten arribar a las siguientes conclusiones:

1. En el año 2017 se expidieron en total 28 sentencias en procesos civiles seguidos por la CGR contra funcionarios y servidores públicos. 25 de ellas declararon fundada la demanda interpuesta por la Institución, esto es, prácticamente un 90% de resultados favorables.
2. En el año 2017 la Procuraduría Pública de la CGR interpuso 70 demandas indemnizatorias por daños y perjuicios en agravio del Estado contra de diversos funcionarios y servidores públicos por la suma aproximada de 376 millones de soles, lo cual demuestra las cuantiosas indemnizaciones que son solicitadas al Órgano Jurisdiccional por los daños ocasionados al Estado y que, muy difícilmente, podrán ser pagadas por aquellos.
3. En el 90% o más de los procesos civiles indemnizatorios seguidos por la PP-CGR no se ha logrado trabar medida cautelar alguna que garantice el cobro de las sumas demandadas pese a las gestiones realizadas por la parte actora. Atendiendo al alto grado de éxito de las demandas civiles interpuestas por la CGR, es altamente probable que los perjuicios ocasionados al Estado no sean resarcidos, sobre todo si se continúa demandando solo a funcionarios o servidores públicos.
4. En el 72% de los casos civiles, el Estado no ha cobrado ni una décima parte de las sumas indemnizatorias señaladas en las sentencias emitidas por el Poder Judicial en contra de los funcionarios y servidores públicos que fueron identificados como civilmente responsables en los informes de control de la CGR,

pese a las gestiones de la Procuraduría Pública. En consecuencia, los respectivos daños no fueron resarcidos y, por ende, los respectivos efectos económicos, sociales y políticos han impactado, finalmente, de forma negativa en los ciudadanos, así como en el estado social y constitucional de derecho.

5. El 85% de los abogados encuestados especializados en derecho civil, consideran que los funcionarios y servidores públicos carecen de solvencia económica para pagar las indemnizaciones señaladas a favor del Estado por el Órgano Jurisdiccional, u ocultan de manera fraudulenta su patrimonio, aparte de existir limitaciones en el marco legal para incentivar el cumplimiento de aquellos.
6. El 71% de los abogados están de acuerdo en hacer uso de un procedimiento de señalamiento de bien libre para embargo y subsecuente quiebra, previa modificación del marco legal vigente para tal efecto, para incentivar a los servidores públicos cumplan con pagar las sumas sentenciadas a favor del Estado.
7. Existe una correlación inversa entre la solvencia económica de los servidores públicos y el monto de las sumas sentenciadas. A mayor monto, menor posibilidad de recupero. Ello es más evidente en los casos millonarios.
8. En casi la totalidad de los informes de control de la CGR concluidos con sentencias favorables en el período 2017, no se identificó responsabilidad civil a los terceros (empresas proveedoras o contratistas) que, sin ejercer función pública, podrían haber coadyuvado con los funcionarios y servidores públicos en la generación de daños y perjuicios ocasionados al Estado, por limitaciones en el marco legal del Sistema Nacional de Control y de la CGR y en otros, tales como la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial que actualmente regula el procedimiento de insolvencia de las personas naturales y jurídicas.
9. El 84% de los académicos y expertos en control gubernamental están de acuerdo o muy de acuerdo con incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando ellas hubiesen ocasionado perjuicios al Estado, individualmente o coadyuvando con los funcionarios públicos en el

resultado dañoso. El 80% considera que debe modificarse para ello el marco legal vigente.

10. Constituye un eficaz incentivo para que <sup>1</sup> los funcionarios y servidores públicos identificados en los informes de control como responsables de ocasionar daños y perjuicios al Estado, paguen las sumas sentenciadas, someterlos a un procedimiento célere de señalamiento de bien libre para embargo una vez requeridos en ejecución de sentencia, bajo apercibimiento de ser declarados en quiebra por el Órgano Jurisdiccional.
11. Es legítimo, viable, eficaz y eficiente que <sup>3</sup> la CGR, a través de sus informes de control, incorpore como civilmente responsables a los terceros que hubiesen ocasionado daños y perjuicios al Estado, sea individualmente o coadyuvando con <sup>4</sup> los funcionarios y servidores públicos en la generación de los resultados dañosos, previa modificación del marco legal vigente.

## 6.2 DEMOSTRACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

El análisis de la información obtenida mediante el uso de fuentes primarias y secundarias ha permitido demostrar las hipótesis inicialmente planteadas, esto es:

1. <sup>1</sup> El Estado no ha cobrado las sumas indemnizatorias señaladas en las sentencias emitidas por el Poder Judicial en el período 2017 en contra de los funcionarios y servidores públicos que fueron identificados como civilmente responsables en los informes de control de la CGR, porque carecen de solvencia económica y existen limitaciones en el marco legal para incentivar su cumplimiento.
2. <sup>1</sup> En los informes de control de la CGR concluidos con sentencias favorables en el período 2017, no se identificó responsabilidad civil a los terceros (empresas proveedoras o contratistas) que, sin ejercer función pública, habían coadyuvado con los funcionarios y servidores públicos en la generación de daños y perjuicios ocasionados al Estado, por limitaciones en el marco legal del Sistema Nacional de Control y de la CGR, entre otras normas.

3. Una propuesta legal para comprender a los terceros, que no ejercen función pública, en la responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR, así como generar incentivos para el pago a los funcionarios sentenciados, permite mejorar a futuro el resarcimiento por los daños que hubiesen ocasionado al Estado por el incumplimiento de sus obligaciones.

### 6.3 RECOMENDACIONES

1. La CGR debe elaborar un proyecto de ley que modifique parcialmente la Ley N° 27146: Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial con el objetivo de establecer un procedimiento simple y célere para que aquellas personas que, habiendo sido identificadas en los informes de control como civilmente responsables de daños al Estado y notificados por el Órgano Jurisdiccional en ejecución de sentencia, no cumplan con el pago de las sumas sentenciadas. En dicho supuesto, serán requeridos para señalar bien libre para embargo, bajo apercibimiento de ser declarados en quiebra por el Órgano Jurisdiccional. Esta medida actuará como un incentivo para los funcionarios y servidores públicos que, en caso fuesen declarados en quiebra, quedarían incapacitados para ejercer algún cargo público, incluyendo aquellos de elección popular. Este procedimiento constituirá una potente medida disuasiva de conductas fraudulentas.

2. La CGR debe formar y capacitar a los abogados de la Procuraduría Pública de la CGR en el recupero de las sumas sentenciadas en los procesos civiles a su cargo por daños y perjuicios contra el Estado, así como en la importancia del resultado final, incluyendo las particularidades del procedimiento de señalamiento de bien libre y quiebra materia de la propuesta, una vez promulgada la ley prevista en el acápite inmediato anterior.

3. La CGR debe elaborar un proyecto de ley que modifique parcialmente la Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, especialmente en la definición de Responsabilidad Civil contenida en la Novena Disposición Final, a fin que se incluya a los terceros que hubiesen

ocasionado daños al Estado, individualmente o coadyuvando con los funcionarios y servidores públicos en el resultado dañoso, de tal manera que todas las disposiciones legales relacionadas con la responsabilidad civil, no se limiten a mencionar a los funcionarios y servidores públicos, sino que se comprendan también a los terceros que fueran identificados en los informes de control.

4. La CGR debe modificar la normativa de control con la finalidad anotada en el punto anterior de tal manera que las comisiones auditoras comprendan a los terceros como civilmente responsables, cuando su actuación refleje los elementos clásicos de la responsabilidad civil, en especial cuando se han generado daños millonarios en la contratación pública. El desarrollo de los respectivos lineamientos internos debe ser integral para fortalecer la labor de los auditores en las auditorías de cumplimiento y en los servicios de control específico sobre hechos con presunta responsabilidad.

## REFERENCIAS

- Alderini, A., Ameal, O. & López, R. (1996). Derecho de las Obligaciones. Editorial Abledo-Perrot.
- Chang, G. (2021). Noción y alcance de la relación causal o causalidad en la responsabilidad civil. <https://polemos.pe/nocion-y-alcance-de-la-relacion-causal-o-causalidad-en-la-responsabilidad-civil/>
- Contraloría General de la República (2021). La reforma del control gubernamental en el Perú: Balance al trienio de su implementación. CGR
- De la Puente y Lavalle, M. (1998). El Contrato en General. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De los Mozos & Soto (2006). Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Grijley EIRL.
- De Trazegnies, F. La Relación de Causalidad. El Nexo Causal. [https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/74/responsabilidad\\_extracontractual\\_p2t4.pdf?sequence=27&isAllowed=y](https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/74/responsabilidad_extracontractual_p2t4.pdf?sequence=27&isAllowed=y)
- Díez-Picazo, L. (s.f.). La responsabilidad civil hoy. Materiales de lectura del curso La Responsabilidad Civil Derivada del Control Gubernamental. <https://site2.q10.com/EducacionVirtual/Contenido/3008/Detalle?idLeccion=1018>
- Dromi, J (2004). Derecho Administrativo. Editorial Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Espinoza, J. (2013). Derecho de la Responsabilidad Civil. Ed. Rodhas SAC.
- García-Cobián, E. (2014). *Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del “ne bis in ídem”*. (Tesis de Magister en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú). [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5509/GARCIA\\_COBIAN\\_CASTRO\\_ERIKA\\_ANALISIS\\_CONSTITUCIONALIDAD.pdf](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5509/GARCIA_COBIAN_CASTRO_ERIKA_ANALISIS_CONSTITUCIONALIDAD.pdf)

García Toma, V. (2014). Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Ed. Adrus D&L Editores SAC

Gomá, J. (2005). Instituciones de derecho civil y foral. Ed. Bosch.

Hauriou, A. (1980). Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ed. Ariel.

Huber, L. (2016). Corrupción y Transparencia.

[https://cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/balance\\_y\\_agenda\\_ludwig\\_huber.pdf](https://cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/balance_y_agenda_ludwig_huber.pdf)

I Informe del Observatorio de los ODS en el Sector Público: ODS 16. La transparencia como antídoto a la corrupción en la contratación pública: prevención y represión.

Jakobs, G. (1997). La competencia por organización en el delito omisivo.

Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas.

León, J. (2008). La responsabilidad civil del funcionario público en el marco de la ley del Sistema Nacional de Control. Gestión Pública y Desarrollo.

León, J. (2014). Anatomía del daño en la responsabilidad civil del funcionario público frente al Estado. Gestión Pública y Desarrollo.

Montoya, Y. (2015). Manual sobre Delitos contra la Administración Pública. IDEHPUCP.

Morón, J.C. (2013). Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos. Comentarios, legislación y jurisprudencia. Gaceta Jurídica.

Naciones Unidas. (2018). La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Una Oportunidad para América Latina y el Caribe.

[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf)

Naciones Unidas (2021). Visión Estratégica de UNODC para América Latina y el Caribe 2022-2025.

[https://www.unodc.org/res/strategy/ESTRATEGIA\\_LATAM\\_2022\\_2025\\_ENE17\\_ESP\\_E\\_Dsigned.pdf](https://www.unodc.org/res/strategy/ESTRATEGIA_LATAM_2022_2025_ENE17_ESP_E_Dsigned.pdf)

OCDE (2016). Estrategia de Competencias de la OCDE. Reporte Diagnóstico: Perú.

<https://www.oecd.org/skills/nationalskillsstrategies/Estrategia-de-Competencias-de-la-OCDE-Reporte-Diagnostico-Peru.pdf>

Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (2019). Estatutos de la INTOSAI.

[https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open\\_access/about\\_intosai/statutes/SP\\_Statutes\\_September\\_2019.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/about_intosai/statutes/SP_Statutes_September_2019.pdf)

Osterling, F. & Castillo, M. (2001). Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial PUCP.

Osterling, F. & Castillo, M. (2003). Tratado de las Obligaciones. Tomo X. Fondo Editorial PUCP.

Osterling, F. & Castillo, M. (2010). Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones.

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Algunos%20conceptos%20sobre%20la%20teoria%20general%20de%20obligaciones.pdf>

Osterling, F. & Castillo, M. (2011). Patrimonialidad de la Obligación. *Advocatus*. 2011. N°24. <https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n024>

Osterling, F. & Rebaza, A. (2006). La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332° del Código Civil.

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>

Osterling, F. (s.f.) *El Dolo*.

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf>

Osterling, F (s.f.) *La Culpa y sus Modalidades*.

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf>

- Osterling, F. (1968). La valuación judicial de los daños y perjuicios. Derecho PUCP, (26), 93-102. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.196801.009>
- Peirano, J. (1981). Responsabilidad extracontractual. Ed. Temis.
- Roxin, C. (1997). Derecho penal. Parte general. Ed. Civitas.
- Salazar, R. (2021). Estudios sobre Derecho Administrativo. Grández y Gráficos SAC.
- Salazar, R. (s.f.), Introducción a la Contratación Estatal. Materiales de enseñanza del curso Compras Estatales Eficientes. OSCE EDUCA.
- Salazar, R (2020) Principios y Modelos de la Contratación Estatal Bienes, Servicios y Obras. Materiales de Enseñanza del curso Principios y Modelos de la Contratación Estatal. Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República.
- Shack & Lozada (2020). Control Específico: Un control posterior, célere y focal. Documento de Política en Control Gubernamental. Contraloría General de la República.
- Shack, Pérez & Portugal (2020). Cálculo del tamaño de la corrupción y la conducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria. Documento de Política en Control Gubernamental. Contraloría General de la República.  
[https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento\\_trabajo/2020/Calculo\\_de\\_la\\_Corrupcion\\_en\\_el\\_Peru.pdf](https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/Calculo_de_la_Corrupcion_en_el_Peru.pdf)
- Shack, Pérez & Portugal (2021). Incidencia de la corrupción y la conducta funcional en el Perú 2020. Documento de Política en Control Gubernamental. Contraloría General de la República. [https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento\\_trabajo/2021/incidencia\\_de\\_la\\_corrupcion\\_y\\_la\\_inconducta\\_funcional\\_2020.pdf](https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2021/incidencia_de_la_corrupcion_y_la_inconducta_funcional_2020.pdf)
- Soto, De Trazegnies, Pantaleón & Lorenzetti (2015). Daño Extrapatrimonial; Daño Moral; Daño a la Persona. Jurivec EIRL.
- Soto, De Trazegnies, Pantaleón & Lorenzetti (2011). Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil. Número 1. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.

¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes? <https://www.ipa.pe/pdf/Es-posible-y-conveniente-unificar-ambos-Regimenes-1.pdf>

Taboada Córdova, Lizardo (2011). Elementos de la Responsabilidad Civil. Ed. Grijley.

United States Agency International Development (2021). Contratación Pública en el Perú. [https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/CLDP\\_Fact\\_Sheet\\_-\\_July\\_2021\\_Spanish\\_.pdf](https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/CLDP_Fact_Sheet_-_July_2021_Spanish_.pdf)

Viney, Geneviève (2011). El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. *IUS ET VERITAS*.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12050/12617>

## NORMAS

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1994. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 7428*.

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=21629&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=21629&nValor3=0&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa, 2004. *Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422*.

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=53738&nValor3=90841](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=53738&nValor3=90841)

Asamblea Nacional Constituyente, 1949. *Constitución Política de Costa Rica de 1949*.

<https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente, 1999. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf)

Asamblea Nacional, 2001. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Nacional de Control Fiscal de Venezuela.*

[https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_ven\\_anexo\\_34\\_sp.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ven_anexo_34_sp.pdf)

Comisión Revisora del Código Civil, 1984. Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>

Comisión Revisora del Código Penal, 1991. Código Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo 635. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0034/codigo-penal-29.07.2020.pdf>

Congreso Constituyente Democrático, 1993. *Constitución Política del Perú de 1993.*

Congreso de la República, 2002, *Ley N° 27785 de 2002, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.*

Congreso de la República, 2010, *Ley N° 29622 de 2010, Ley que modifica la Ley Núm. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.*

Congreso de la República, 2021. *Ley N° 31288 de 2021, Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.*

Contraloría General de la República, 2014. *Resolución de contraloría N° 473-2014-CG de fecha 22 de octubre de 2014, que aprueba la Directiva N° 007-2014-CG/GCSI, denominada Auditoría de Cumplimiento y Manual de Auditoría de Cumplimiento.*

Contraloría General de la República, 2021. *Resolución de Contraloría N° 295-2021-CG, 2021 de fecha 23 de diciembre de 2021 que aprueba las Normas Generales de Control Gubernamental*

Contraloría General de la República, 2022. *Resolución de Contraloría N° 001-2022-CG de fecha 07 de enero de 2022 que aprueba la Directiva N° 001-2022-CG/NORM, denominada Auditoría de Cumplimiento y Manual de Auditoría de Cumplimiento*

Contraloría General de la República, 2022. *Resolución de Gerencia N° 00001-2022-CG/GJNC*

Contraloría General de la República de Chile, 2021. *Resolución N° 10. Establece normas que regulan las auditorías efectuadas por la Contraloría General de la República y deja sin efecto la resolución N° 20, de 2015, de este origen.*

Las Cortes, 1978. *Constitución Española.*

<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Las Cortes, 1982. *Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.*

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-11584-consolidado.pdf>

Las Cortes, 2010. *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-9953-consolidado.pdf>

Ministerio de Hacienda de Chile ,1964. *Decreto 2.421. Fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la Republica.*

[http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4\\_chl\\_ley10336.pdf](http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_chl_ley10336.pdf)

Naciones Unidas, 2003. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*.  
[https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf)

Organización de Estados Americanos, 1996. Contraloría General de la República. *Convención Interamericana contra la Corrupción*.  
[https://apps.contraloria.gob.pe/wcm/publicaciones/sinad/Convencion\\_Interamericana\\_contra\\_la\\_corrupcion.pdf](https://apps.contraloria.gob.pe/wcm/publicaciones/sinad/Convencion_Interamericana_contra_la_corrupcion.pdf)

Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, 1977. *Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización. ISSAI 1*.  
[https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open\\_access/INTOSAI\\_Publications/Publication\\_40y\\_Lima\\_Declaration/SP\\_40\\_Jahre\\_Lima\\_Deklaration.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INTOSAI_Publications/Publication_40y_Lima_Declaration/SP_40_Jahre_Lima_Deklaration.pdf)

Plebiscito Nacional, 1980. *Constitución Política de la República de Chile de 1980. Texto promulgado por Decreto Supremo N° 1.150 del Ministerio del Interior. Actualización del texto aprobada mediante Ley N° 21.448, del 29 de abril de 2022*.  
[https://www.camara.cl/camara/doc/leyes\\_normas/constitucion.pdf](https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion.pdf)

Poder Ejecutivo, 1984. *Decreto Legislativo N° 276 que aprueba la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público*.  
[https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/DECRETO\\_LEGISLATIVO\\_276.pdf](https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/DECRETO_LEGISLATIVO_276.pdf)

Poder Ejecutivo, 1993. *Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado mediante resolución Ministerial N° 010-93-JUS*. <https://www.munlima.gob.pe/wp-content/uploads/2021/07/Codigo-Procesal-Civil.pdf>

Poder Ejecutivo, 2016. *Decreto Legislativo N° 1243, Decreto legislativo que modifica el código penal y el código de ejecución penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública y crea el registro único de*

condenados inhabilitados. <https://elperuano.pe/normaselperuano/2016/10/22/1444966-1.html>

Poder Ejecutivo, 2012. *Decreto Supremo N° 119-2012-PCM que aprueba el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción.*

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-plan-nacional-de-lucha-contra-la-corrupcion-2012-decreto-supremo-n-119-2012-pcm-876204-1/>

XXII Congreso de la Organización Intl. de Entidades Fiscalizadoras Superiores, 2019. *Estatutos de la INTOSAI.*

[https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open\\_access/about\\_intosai/statutes/SP\\_Statutes\\_September\\_2019.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/about_intosai/statutes/SP_Statutes_September_2019.pdf)

## JURISPRUDENCIA

VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República, 2011. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011.

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b2bb8004e4d420c8639ff294bc3482d/VII+PLENO+SUPREMO+PENAL\\_VERSI%C3%93N+FINAL.pdf?MOD=AJPERES](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b2bb8004e4d420c8639ff294bc3482d/VII+PLENO+SUPREMO+PENAL_VERSI%C3%93N+FINAL.pdf?MOD=AJPERES)

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, 2016. Casación N° 3168-2015. Magistrada ponente: Tello Gilardi. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/08/Casaci%C3%B3n-3168-2015-Lima-LP.pdf>

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la Justicia de la República. Casación N° 04650-2012 (Exp. 04650-2012-0-5001-SU-CI-01) Lima. Magistrado ponente: Ticona Postigo.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República. Casación, 2016, Casación N° 3470-2015 Lima Norte. Magistrado ponente: Mendoza Ramírez.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Casacion-3470-2015-Lima-Norte-LP.pdf>

Tribunal Constitucional, 2003. *Sentencia. Exp. N° 00013-2002-AI/TC*. Magistrado Alva Orlandini, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00013-2002-AI.html>

Tribunal Constitucional, 2018, *Sentencia. Exp. 0020-2015-AI/TC. Magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinoza Saldaña y Ferrero Costa.*

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00020-2015-AI.pdf>

Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, 2018, Acuerdo Plenario N° 002-2018-CG/TSRA. [https://doc.contraloria.gob.pe/precedentes-](https://doc.contraloria.gob.pe/precedentes-administrativos/Acuerdo_Plenario_02-2018-CGTSRA.pdf)

[administrativos/Acuerdo\\_Plenario\\_02-2018-CGTSRA.pdf](https://doc.contraloria.gob.pe/precedentes-administrativos/Acuerdo_Plenario_02-2018-CGTSRA.pdf)

## APÉNDICES

### APÉNDICE N° 1

ENCUESTA: REFORMAS LEGALES PARA MEJORAR EL RESARCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL ESTADO, IDENTIFICADOS EN LOS INFORMES DE CONTROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, PERÍODO 2017

#### Sección 1

Estimado participante:

La presente encuesta se realiza en el marco del trabajo de investigación aplicada conducido por Jaime Antonio Ortiz Rivero, graduando de la Maestría de Control Gubernamental de la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República, asesorado y supervisado por el Mag. David Medianero Burga. El objetivo principal de la investigación es realizar una propuesta de reformas legales para mejorar a futuro el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al Estado, identificados en los informes de control de la CGR, período 2017, pues desde hace varios años no se llega a recuperar millonarias sumas que han sido sentenciadas por el Poder Judicial a favor del Estado; problema que requiere ser solucionado.

La presente encuesta está dirigida a los abogados procesalistas en derecho civil y expertos en control gubernamental.

Al invitarlo (a) a responder el presente cuestionario, debo manifestarle que su participación es completamente voluntaria. La información obtenida será utilizada únicamente para la elaboración del trabajo de investigación referido. Nos comprometemos a mantener absoluta confidencialidad sobre la información que usted brinde. Si usted accede a participar, se le solicita que, además de sus datos generales, en las preguntas que a continuación se acompañan responda de la manera más objetiva posible, marcando con un click la opción que mejor refleje su opinión.

Gracias por su participación.

## Sección 2

### PARTE I. DATOS GENERALES

#### Datos del experto (a)

1. Nombres y apellidos
2. Edad
3. Nivel de instrucción (último año completado en su totalidad)
  - \_ Superior universitaria
  - \_ Maestría
  - \_ Doctorado
4. Título profesional
  - \_ Abogado
  - \_ Administrador
  - \_ Contador público
  - \_ Otra
5. Experiencia o especialidad laboral
  - \_ Derecho Procesal Civil
  - \_ Derecho Procesal Penal
  - \_ Derecho Constitucional
  - \_ Otra
6. Sector donde labora
  - \_ Sector público
  - \_ Sector privado
  - \_ Sector académico (público o privado)
7. Lugar de trabajo
  - \_ Lima
  - \_ Otra
8. Años de experiencia profesional
  - \_ 1 a 5 años
  - \_ Más de 5 a 10 años
  - (1) Más de 10 años

9. Años de experiencia profesional en su especialidad laboral

- 1 a 5 años
- Más de 5 a 10 años
- Más de 10 años

10. Promedio de casos civiles a su cargo

- 1 a 100
- 101 a 200
- Más de 200
- No aplica

### Sección 3

#### ESPECIALIDAD DEL PARTICIPANTE

Profesión relacionada a la función que desempeña

¿Cuál es su especialidad en relación al presente estudio?

- Procesalistas expertos en derecho civil
- Expertos en control gubernamental

### Sección 4

#### PARTE II: PREGUNTAS PARA PROCESALISTAS EXXPERTOS EN DERECHO CIVIL

Respecto de las preguntas que se ofrecen a continuación, marque la opción de su preferencia.

1. Según su experiencia personal, ¿qué porcentaje de éxito en los tribunales han tenido los procesos de indemnización a su cargo (sentencias firmes favorables / sentencias en total)?
  - Ninguno
  - 1-50%
  - 51-75%
  - 76 a 100%

2. Según su experiencia personal, ¿qué porcentaje de éxito han tenido las solicitudes de medidas cautelares en los procesos de indemnización a su cargo (sumas demandadas cauteladas/sin cautelar)?
  - Ninguno
  - 1-10%
  - 11-50%
  - 51 a 100%
3. Según su experiencia personal, ¿qué efectividad han tenido los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización a su cargo (porcentaje)?
  - Ninguno
  - 1-10%
  - 11-50%
  - 51 a 100%
4. Según su experiencia personal, ¿qué porcentaje de los informes de control incorporaron como civilmente responsables a contratistas del Estado, aparte de los funcionarios públicos involucrados?
  - Ninguno
  - 1-10%
  - 11-50%
  - 51 a 100%
5. En la actualidad, ¿cuál es la mayor importancia de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR?  
Alternativas: (Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)
  - Resarcir al estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos
  - Reducir la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al estado
  - Colaborar con la gestión de las entidades víctimas de daños ocasionados por los servidores

- Elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR
6. ¿Cuál es el rol de la Procuraduría Pública en materia de <sup>1</sup>responsabilidad civil identificada en los informes de control de la CGR?
- Alternativas: <sup>5</sup>(Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)
- Iniciar las acciones legales para el cobro de las respectivas sumas indemnizatorias
  - Obtener resultados firmes y favorables en los respectivos procesos de indemnización
  - Adoptar medidas para garantizar el pago de las respectivas sumas indemnizatorias
  - Cobrar las respectivas sumas indemnizatorias en ejecución de sentencia
7. ¿Cuáles son las razones por las cuales las solicitudes de medidas cautelares solicitadas en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas?
- Alternativas: <sup>5</sup>(Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)
- Los servidores públicos carecen de patrimonio
  - Los servidores encubren fraudulentamente su patrimonio
  - El procedimiento judicial/registral es engorroso
  - No es prioridad para la PP-CGR
8. ¿Cuáles son las razones por las cuales el cobro de las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR no serían completamente efectivas?
- Alternativas: <sup>5</sup>(Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)
- Los servidores públicos carecen de patrimonio
  - Los servidores encubren fraudulentamente su patrimonio
  - El procedimiento judicial/registral es engorroso
  - No es prioridad para la PP-CGR

9. ¿Qué medidas considera se podrían adoptar para que los funcionarios y servidores públicos, cumplan con pagar las sumas sentenciadas en los procesos seguidos por la PP-CGR? (motivación positiva o negativa)

Alternativas: (Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)

- Obligarles a constituir una previa garantía o caución para el ejercicio de sus funciones
- Obligarles a constituir una garantía o caución posterior para poder continuar en el ejercicio de sus funciones
- Separarlos del cargo -sin goce de haber- hasta que cumplan con pagar la suma sentenciada

Iniciarles un proceso de insolvencia y posterior declaratoria de quiebra

10. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la PP-CGR?

Alternativas: (Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)

- Incluir en los informes de control que identifican responsabilidad civil a los contratistas que hayan coadyuvado con los servidores públicos en generar daño al Estado, previa modificación del marco legal vigente
- Otorgar un porcentaje del cobro efectivo a la CGR, previa modificación del marco legal vigente
- Afectar el presupuesto de las entidades públicas que no hubiesen detectado y accionado contra los presuntamente responsables de los daños y perjuicios que le han ocasionado sus servidores públicos, previa modificación del marco legal vigente
- Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades directamente afectadas

## Sección 5

### PARTE III. CUESTIONARIO PARA EXPERTOS EN CONTROL GUBERNAMENTAL

Respecto de las preguntas o afirmaciones que se ofrecen a continuación, indique con una X la opción de su preferencia.

1. ¿Cuál es la importancia de los informes de control de la CGR?  
Alternativas: (Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)
  - Promover la correcta utilización de los recursos y bienes del Estado
  - Promover el desarrollo honesto de las funciones y actos de los servidores públicos
  - Orientar a las entidades sujetas a control en el mejoramiento de sus actividades y servicios
  - Mitigar los riesgos de incumplimiento de metas y resultados de las entidades sujetas a control
  - Señalar las responsabilidades que se pudieran haber identificado en una acción o servicio de control
2. ¿Cuál es la importancia final de la identificación de responsabilidades civiles en los informes de control de la CGR?  
Alternativas: (Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)
  - Reducir la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado
  - Elevar la confianza de la ciudadanía en la CGR
  - Resarcir al Estado de los daños y perjuicios ocasionados por los servidores públicos
  - Colaborar con la gestión de las entidades víctimas de los daños ocasionados por los servidores
  - Colaborar en la lucha contra la corrupción
3. ¿Cuáles son las limitaciones para que no se incluya a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen

<sup>1</sup> coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado?

<sup>5</sup> Alternativas: (Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)

- El marco legal vigente lo prohíbe
- El marco legal vigente no lo prevé
- Requiere previamente desarrollar un marco legal integral
- Requiere previamente mayores recursos humanos y logísticos
- Las empresas o contratistas no colaboran con el control gubernamental

4. ¿Qué ventajas habría si el marco legal permitiese incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen <sup>1</sup>coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado?

<sup>5</sup> Alternativas: (Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)

- Reduciría la impunidad de los servidores públicos que ocasionan daños al Estado
- Elevaría la confianza de la ciudadanía en la CGR
- Resarciría al Estado <sup>2</sup>de los daños y perjuicios ocasionados por <sup>16</sup>los servidores públicos
- Colaboraría con la gestión de las entidades víctimas de los daños ocasionados por los servidores
- Desincentivaría las conductas dolosas y culposas de las empresas que contratan con el Estado

5. ¿Qué medidas considera se podrían implementar para mejorar la efectividad de los cobros de las sumas sentenciadas a favor del Estado en los procesos de indemnización seguidos por la CGR?

<sup>5</sup> Alternativas: (Completamente de acuerdo, parcialmente de acuerdo, neutral, parcialmente en desacuerdo, totalmente en desacuerdo, no contestó)

- Incluir a las empresas o contratistas como responsables civiles en los informes de control, cuando aquellas hubiesen coadyuvado con los funcionarios o servidores públicos en la generación de daños al Estado
- Impedir contratar con el Estado a las empresas o contratistas que tengan en trámite procesos de indemnización iniciados por la PP-CGR
- Obligar a los servidores públicos a constituir una previa garantía o caución para el ejercicio de sus funciones
- Separar a los servidores públicos del cargo -sin goce de haber- hasta que cumplan con garantizar el pago de la indemnización identificada en los informes de control
- Derivar la cobranza de las sumas sentenciadas a las entidades directamente afectadas

## APÉNDICE N° 2

### SENTENCIAS FAVORABLES 2017. CASOS CIVILES DE INDEMNIZACIÓN DE LA PP-CGR

1	2017	2011	286-2011-CG/ORPI-EE	M.D. HUANCABAMBA	Piura	Indemnización
2	2017	2013	I.E. 708-2012-CG/ORTR-EE	M.D. VICTOR LARCO HERRERA	La Libertad	Indemnización
3	2017	2003	247-2002-CG/ORAR-EE	M.D. MARIANO MELGAR	Arequipa	Indemnización
4	2017	2012	469-2011-CG/ORAR-EE	M.D. SAMUEL PASTOR	Arequipa	Indemnización
5	2017	2016	773-2014-CG/ORCU-EE	M.D. SANTA TERESA	Cusco	Indemnización
6	2017	2015	373-2014-CG/ORAB-EE	M.P. AYMARAES	Apurímac	Indemnización
7	2017	2010	123-2010-CG/OEA-EE	EMP.SERV.MUN.AG.POT.Y ALC.	Lima	Indemnización
8	2017	2003	115-2002-CG/ORHU	M.P. HUANCAYO	Junín	Indemnización
9	2017	2011	469-2010-CG/ORTR-EE	M.P. PACASMAYO	La Libertad	Indemnización
10	2017	2009	265-2008-CG/ORCH-EE	M.D. PACANGA	La Libertad	Indemnización
11	2017	2009	219-2009-CG/ORCH-EE	REGION AMAZONAS	Loreto	Indemnización
12	2017	2002	060-2001-CG/B392	INPE-DIRECCION REGIONAL LIMA-	Lima	Indemnización
13	2017	2004	033-2000-CG/A252	M.D. UCHUMAYO	Arequipa	Indemnización
14	2017	2009	050-2008-CG/ORTR	M.D. JULCÁN	La Libertad	Indemnización
15	2017	2011	421-2011-CG/ORTR-EE	M.P. SANTIAGO DE CHUCO	La Libertad	Indemnización
16	2017	2013	444-2013-CG/ORIQ-EE	GOBIERNO REGIONAL DE LORETO	Loreto	Indemnización
17	2017	2014	I.E. 838-2013-CG/ORCU-EE	M.P. CANCHIS	Puno	Indemnización
18	2017	2013	I.E. 937-2012-CG/ORMO-EE	M.D. SAN MARTIN	San Martín	Indemnización
19	2017	2003	138-2003-CG/SP	COFIDE - CUSCO	Lima	Indemnización
20	2017	2009	025-2009-CG/ORTR-EE	M.D. QUIRUVILCA	La Libertad	Indemnización
21	2017	2005	137-2004-CG	CTAR LIMA	Lima	Indemnización
22	2017	2014	780-2013-CG/ORCA-EE	GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA	Cajamarca	Indemnización
23	2017	2014	I.E. 182-2014-CG/ORAY-EE	GOBIERNO REGIONAL DE AYACUCHO	Ayacucho	Indemnización
24	2017	2013	705-2012-CG/-EE	M.D. CHEPÉN	Cajamarca	Indemnización
25	2017	2014	918-2013-CG/PRIC-EE	M.D. SALAS	Ica	Indemnización

# PROPUESTA DE REFORMAS LEGALES PARA MEJORAR EL RESARCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL ESTADO, IDENTIFICADOS EN LOS INFORMES DE CONTROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, PERÍODO 2017

## ORIGINALITY REPORT

15%

SIMILARITY INDEX

13%

INTERNET SOURCES

3%

PUBLICATIONS

4%

STUDENT PAPERS

## PRIMARY SOURCES

1	<a href="http://repositorio.contraloria.gob.pe">repositorio.contraloria.gob.pe</a> Internet Source	3%
2	<a href="http://qdoc.tips">qdoc.tips</a> Internet Source	2%
3	<a href="http://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Internet Source	1%
4	<a href="http://doku.pub">doku.pub</a> Internet Source	1%
5	Lyne Tardif, Benoît Bailey, Jean-François Bussières, Denis Lebel, Geneviève Soucy. "Perceived Advantages and Disadvantages of Using Drug Samples in a University Hospital Center: A Case Study", <i>Annals of Pharmacotherapy</i> , 2009 Publication	1%
6	Submitted to Escuela Nacional de Control Student Paper	1%

7	<a href="http://www.scribd.com">www.scribd.com</a> Internet Source	1 %
8	<a href="http://doc.contraloria.gob.pe">doc.contraloria.gob.pe</a> Internet Source	<1 %
9	<a href="http://www.respondanet.com">www.respondanet.com</a> Internet Source	<1 %
10	<a href="http://repositorio.unp.edu.pe">repositorio.unp.edu.pe</a> Internet Source	<1 %
11	<a href="http://creativecommons.org">creativecommons.org</a> Internet Source	<1 %
12	<a href="http://idoc.pub">idoc.pub</a> Internet Source	<1 %
13	<a href="http://repositorio.continental.edu.pe">repositorio.continental.edu.pe</a> Internet Source	<1 %
14	<a href="http://vvallejo.com">vvallejo.com</a> Internet Source	<1 %
15	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Student Paper	<1 %
16	<a href="http://vsip.info">vsip.info</a> Internet Source	<1 %
17	Submitted to Systems Link Student Paper	<1 %
18	Corporate Criminal Liability, 2011.	

<1 %

19

[repositorio.usmp.edu.pe](https://repositorio.usmp.edu.pe)

Internet Source

<1 %

20

[kupdf.net](https://kupdf.net)

Internet Source

<1 %

21

[tesis.ucsm.edu.pe](https://tesis.ucsm.edu.pe)

Internet Source

<1 %

22

[www.tc.gob.pe](https://www.tc.gob.pe)

Internet Source

<1 %

23

[idehpucp.pucp.edu.pe](https://idehpucp.pucp.edu.pe)

Internet Source

<1 %

24

[www.fuzfirma.com](https://www.fuzfirma.com)

Internet Source

<1 %

25

[cdn.www.gob.pe](https://cdn.www.gob.pe)

Internet Source

<1 %

26

Submitted to Universidad de Santiago de Chile

Student Paper

<1 %

27

[repositorio.ucv.edu.pe](https://repositorio.ucv.edu.pe)

Internet Source

<1 %

28

Submitted to Universidad Continental

Student Paper

<1 %

29

Submitted to Universidad de Salamanca

Student Paper

<1 %

30

[www2.congreso.gob.pe](http://www2.congreso.gob.pe)

Internet Source

<1 %

31

[tesis.pucp.edu.pe](http://tesis.pucp.edu.pe)

Internet Source

<1 %

32

[www4.congreso.gob.pe](http://www4.congreso.gob.pe)

Internet Source

<1 %

33

[cybertesis.unmsm.edu.pe](http://cybertesis.unmsm.edu.pe)

Internet Source

<1 %

34

[www.gestiopolis.com](http://www.gestiopolis.com)

Internet Source

<1 %

35

Submitted to Universidad Alas Peruanas

Student Paper

<1 %

36

[blog.pucp.edu.pe](http://blog.pucp.edu.pe)

Internet Source

<1 %

37

Raúl Gilberto Rivas Paniagua.

"Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas con Especial Referencia al Decreto 130-2017 que contiene el Nuevo Código Penal de Honduras", La Revista de Derecho, 2020

Publication

<1 %

38

Submitted to Universidad Tecnológica del Peru

Student Paper

<1 %

39	Submitted to usmp Student Paper	<1 %
40	repositorio.amag.edu.pe Internet Source	<1 %
41	kipdf.com Internet Source	<1 %
42	es.scribd.com Internet Source	<1 %
43	redi.unjbg.edu.pe Internet Source	<1 %
44	Carlos Osorio-Gallego, John Londoño-Metaute, Esteban López-Zapata. "Analysis of factors that influence the ICT adoption by SMEs in Colombia", Intangible Capital, 2016 Publication	<1 %
45	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Student Paper	<1 %
46	infopublic.bpaprocorp.com Internet Source	<1 %
47	José Gabriel Saltos-Meza, Alfonso Burgos-Briones. "SGC basado en la ISO 9001:2015, que optimice el funcionamiento del laboratorio de operaciones unitarias UTM", Revista Científica INGENIAR: Ingeniería, Tecnología e Investigación, 2021 Publication	<1 %

48

Cilene Ribeiro Cardoso. "Regulação e supervisão bancária: o papel dos organismos reguladores e dos Bancos Centrais nas experiências do Chile e do Brasil a partir da década de 1980", Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA), 2019

Publication

&lt;1 %

49

Submitted to Universidad Senior de Sipan

Student Paper

&lt;1 %

50

Digitale Führungsintelligenz "Adapt to win", 2016.

Publication

&lt;1 %

51

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 36 (2020) (VOLUME II)", Brill, 2022

Publication

&lt;1 %

52

[repositorio.up.edu.pe](https://repositorio.up.edu.pe)

Internet Source

&lt;1 %

53

Nancy Roxana Pérez Azahuanche. "LA CORRUPCIÓN "MENTIRA PÚBLICA O VERDAD OCULTA"", Cadernos de Estudos Sociais e Políticos, 2020

Publication

&lt;1 %

54

[repositorio.uladech.edu.pe](https://repositorio.uladech.edu.pe)

Internet Source

&lt;1 %

55

Submitted to Universidad Católica de Santa  
María

Student Paper

&lt;1 %

56

[www.slideshare.net](http://www.slideshare.net)

Internet Source

&lt;1 %

57

Submitted to Universidad Católica San Pablo

Student Paper

&lt;1 %

58

Eugenio Pellicer, Víctor Yepes, Christian L.  
Correa, Luis F. Alarcón. "Modelo para la  
Innovación Sistemática en Empresas  
Constructoras", Journal of Construction  
Engineering and Management, 2014

Publication

&lt;1 %

59

Submitted to Universidad Católica Los  
Angeles de Chimbote

Student Paper

&lt;1 %

60

Submitted to Universidad Privada de Tacna

Student Paper

&lt;1 %

61

Submitted to Universidad Ricardo Palma

Student Paper

&lt;1 %

62

[www.contraloria.gob.pe](http://www.contraloria.gob.pe)

Internet Source

&lt;1 %

63

"Inter-American Yearbook on Human Rights /  
Anuario Interamericano de Derechos  
Humanos, Volume 2 (1986)", Brill, 1988

Publication

&lt;1 %

64

Germán Antonio Orozco Gadea. "La  
responsabilidad civil ex delicto en el Derecho  
de familia", Revista de Derecho, 2022

Publication

<1 %

65

pt.scribd.com

Internet Source

<1 %

Exclude quotes On

Exclude matches < 10 words

Exclude bibliography On

# PROPUESTA DE REFORMAS LEGALES PARA MEJORAR EL RESARCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL ESTADO, IDENTIFICADOS EN LOS INFORMES DE CONTROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, PERÍODO 2017

GRADEMARK REPORT

FINAL GRADE

**/20**

GENERAL COMMENTS

**Instructor**

PAGE 1

PAGE 2

PAGE 3

PAGE 4

PAGE 5

PAGE 6

PAGE 7

PAGE 8

PAGE 9

PAGE 10

PAGE 11

PAGE 12

PAGE 13

PAGE 14

PAGE 15

PAGE 16

PAGE 17

PAGE 18

PAGE 19

---

PAGE 20

---

PAGE 21

---

PAGE 22

---

PAGE 23

---

PAGE 24

---

PAGE 25

---

PAGE 26

---

PAGE 27

---

PAGE 28

---

PAGE 29

---

PAGE 30

---

PAGE 31

---

PAGE 32

---

PAGE 33

---

PAGE 34

---

PAGE 35

---

PAGE 36

---

PAGE 37

---

PAGE 38

---

PAGE 39

---

PAGE 40

---

PAGE 41

---

PAGE 42

---

PAGE 43

---

PAGE 44

---

PAGE 45

---

PAGE 46

---

PAGE 47

---

PAGE 48

---

PAGE 49

---

PAGE 50

---

PAGE 51

---

PAGE 52

---

PAGE 53

---

PAGE 54

---

PAGE 55

---

PAGE 56

---

PAGE 57

---

PAGE 58

---

PAGE 59

---

PAGE 60

---

PAGE 61

---

PAGE 62

---

PAGE 63

---

PAGE 64

---

PAGE 65

---

PAGE 66

---

PAGE 67

---

PAGE 68

---

PAGE 69

---

PAGE 70

---

PAGE 71

---

PAGE 72

---

PAGE 73

---

PAGE 74

---

PAGE 75

---

PAGE 76

---

PAGE 77

---

PAGE 78

---

PAGE 79

---

PAGE 80

---

PAGE 81

---

PAGE 82

---

PAGE 83

---

PAGE 84

---

PAGE 85

---

PAGE 86

---

PAGE 87

---

PAGE 88

---

PAGE 89

---

PAGE 90

---

PAGE 91

---

PAGE 92

---

PAGE 93

---

PAGE 94

---

PAGE 95

---

PAGE 96

---

PAGE 97

---

PAGE 98

---

PAGE 99

---

PAGE 100

---

PAGE 101

---

PAGE 102

---

PAGE 103

---

PAGE 104

---

PAGE 105

---

PAGE 106

---

PAGE 107

---

PAGE 108

---

PAGE 109

---

PAGE 110

---

PAGE 111

---

PAGE 112

---

PAGE 113

---

PAGE 114

---

PAGE 115

---

PAGE 116

---

PAGE 117

---

PAGE 118

---

PAGE 119

---

PAGE 120

---

PAGE 121

---

PAGE 122

---

PAGE 123

---

PAGE 124

---

PAGE 125

---

PAGE 126

---

PAGE 127

---

PAGE 128

---

PAGE 129

---

PAGE 130

---

PAGE 131

---

PAGE 132

---

PAGE 133

---

PAGE 134

---

PAGE 135

---

PAGE 136

---

PAGE 137

---

PAGE 138

---

PAGE 139

---

PAGE 140

---

PAGE 141

---

PAGE 142

---

PAGE 143

---

PAGE 144

---

PAGE 145

---

PAGE 146

---

PAGE 147

---

PAGE 148

---

PAGE 149

---

PAGE 150

---

PAGE 151

---

PAGE 152

---

PAGE 153

---

PAGE 154

---

PAGE 155

---

PAGE 156

---

PAGE 157

---

PAGE 158

---

PAGE 159

---

PAGE 160

---

PAGE 161

---

PAGE 162

---

PAGE 163

---

PAGE 164

---

PAGE 165

---

PAGE 166

---

PAGE 167

---

PAGE 168

---

PAGE 169

---

PAGE 170

---

PAGE 171

---

PAGE 172

---

PAGE 173

---

PAGE 174

---

PAGE 175

---

PAGE 176

---

PAGE 177

---

PAGE 178

---

PAGE 179

---

PAGE 180

---

PAGE 181

---

PAGE 182

---

PAGE 183

---

PAGE 184

---

PAGE 185

---

PAGE 186

---

PAGE 187

---

PAGE 188

---

PAGE 189

---

PAGE 190

---

PAGE 191

---

PAGE 192

---

PAGE 193

---

PAGE 194

---

PAGE 195

---

PAGE 196

---

PAGE 197

---

PAGE 198

---

PAGE 199

---

PAGE 200

---

PAGE 201

---

PAGE 202

---

PAGE 203

---

PAGE 204

---

PAGE 205

---

PAGE 206

---

PAGE 207

---

PAGE 208

---

PAGE 209

---

PAGE 210

---

PAGE 211

---

PAGE 212

---

PAGE 213

---

PAGE 214

---

PAGE 215

---

PAGE 216

---

PAGE 217

---

PAGE 218

---

PAGE 219

---

PAGE 220

---

PAGE 221

---

PAGE 222

---

PAGE 223

---

PAGE 224

---

PAGE 225

---

PAGE 226

---

PAGE 227

---

PAGE 228

---

PAGE 229

---

PAGE 230

---

PAGE 231

---

PAGE 232

---

PAGE 233

---

PAGE 234

---

PAGE 235

---

PAGE 236

---

PAGE 237

---

PAGE 238

---

PAGE 239

---

PAGE 240

---

PAGE 241

---

PAGE 242

---

PAGE 243

---

PAGE 244

---

PAGE 245

---

PAGE 246

---

PAGE 247

---

PAGE 248

---

PAGE 249

---

PAGE 250

---

PAGE 251

---

PAGE 252

---

PAGE 253

---

PAGE 254

---

PAGE 255

---

PAGE 256

---

PAGE 257

---

PAGE 258

---

PAGE 259

---

PAGE 260

---

PAGE 261

---

PAGE 262

---

PAGE 263

---

PAGE 264

---

PAGE 265

---

PAGE 266

---

PAGE 267

---

PAGE 268

---

PAGE 269

---

PAGE 270

---

PAGE 271

---

PAGE 272

---

PAGE 273

---

PAGE 274

---

PAGE 275

---

PAGE 276

---

PAGE 277

---

PAGE 278

---

PAGE 279

---

PAGE 280

---

PAGE 281

---

PAGE 282

---

PAGE 283

---

PAGE 284

---

PAGE 285

---

PAGE 286

---

PAGE 287

---

PAGE 288

---