



**INSTITUTO DE GOBIERNO Y GESTIÓN PÚBLICA
UNIDAD DE POSGRADO**

**ANÁLISIS DE LA OBSERVACIÓN N° 1 DE LA AUDITORÍA
DE CUMPLIMIENTO AL PROCESO DE PROMOCIÓN DE LA
INVERSIÓN DEL PROYECTO MEJORAS A LA SEGURIDAD
ENERGÉTICA DEL PAÍS Y DESARROLLO DEL
GASODUCTO SUR PERUANO, DE LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA**

**PRESENTADO POR
GUSTAVO VILLEGAS DEL SOLAR**

**ASESORA
DELIA MUÑOZ MUÑOZ**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
GESTIÓN PÚBLICA**

LIMA – PERÚ

2022



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



INSTITUTO DE GOBIERNO Y GESTIÓN PÚBLICA

ANÁLISIS DE LA OBSERVACIÓN N° 1 DE LA AUDITORÍA DE CUMPLIMIENTO AL PROCESO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN DEL PROYECTO MEJORAS A LA SEGURIDAD ENERGÉTICA DEL PAÍS Y DESARROLLO DEL GASODUCTO SUR PERUANO, DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR POR
EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN GESTIÓN PÚBLICA**

PRESENTADO POR:

GUSTAVO VILLEGAS DEL SOLAR

ASESORA:

MAG. DELIA MUÑOZ MUÑOZ

LIMA, PERÚ

2022

DEDICATORIA

A la memoria de mi hijo Gustavo Javier, impulsor de esta aventura; a mi hija Melissa y mis nietos, por motivarme a continuarla; a mi esposa Adriana por su apoyo incondicional para culminarla.

AGRADECIMIENTOS

A mi asesora, la Doctora Delia Muñoz Muñoz, por su infinita paciencia y comprensión.

A Karina Wong Gignoux, compañera de una batalla más.

A Carlos Albán Ramírez y a Apolinar Madrid Escobar, por sus implacables comentarios y por compartir su conocimiento de M.H. Moore conmigo.

Al Doctor Richard Martin Tirado, por su oportuna y acertada orientación.

ÍNDICE	
Dedicatoria	2
Agradecimientos	3
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. Descripción de la situación problemática	5
1.2. Formulación del problema	7
1.3. Objetivos de la investigación	9
1.4. Justificación de la investigación	10
1.4.1 Importancia de la investigación	10
1.4.2 Viabilidad de la investigación	11
1.5. Limitaciones del estudio	11
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO	
2.1. Antecedentes de la investigación	13
2.2. Bases teóricas	16
2.3. Definición de términos básicos	17
CAPÍTULO III VARIABLES Y DEFINICIONES	19
CAPÍTULO IV DESARROLLO DEL CASO	
4.1. El Concurso	20
4.1.1 Sobre N° 1	21
4.1.2 Presentación de los Sobres N° 2 y 3	22
4.1.3 Acto Público de Presentación de los Sobres N° 2 y 3	23
4.1.4 Informes Legales	23
4.1.5 Decisión del CEPSE	23
4.2. Aspectos legales	24
4.2.1 Carta al CGPS	24
4.3. Informe de la CGR	26
4.3.1 Primer fundamento	27
4.3.2 Segundo fundamento	29
4.3.3 Tercer fundamento	33
4.3.4 Cuarto Fundamento	34
4.3.5 Descargos	35
4.3.6 Conclusiones y recomendaciones del Informe	36
CAPÍTULO V ANÁLISIS Y COMENTARIO	37
5.1. Gestión del CEPSE	38
5.2. El Informe de la CGR	40
CAPÍTULO VI CONCLUSIONES	45
CAPÍTULO VII METODOLOGÍA	
7.1 Diseño metodológico	47
7.2 Aspectos éticos	47
FUENTES DE INFORMACIÓN	48
GRÁFICO	51
ANEXOS (vínculos)	52

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

Desde su creación con el Decreto Supremo sin número del 26 de setiembre de 1929, hasta la Ley N° 27785 del 22 de julio de 2002, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (CGR), dicha entidad ha pasado de ser una dependencia del Ministerio de Hacienda, a ser un órgano autónomo constitucional y rector del Sistema Nacional de Control, responsable del control gubernamental, que consiste en la ley 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, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes. El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente”.

De otro lado, a principios de la década de los años 90, se creó la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI ⁽¹⁾, siguiendo un proceso mundial de reformas estructurales de las Administraciones Públicas, dejando de lado actividades que podían o debían ser asumidas por el sector privado, descargando a los Estados de las mismas y de las pérdidas que su manejo ocasionaba, siendo el ejemplo más evidente las empresas del Estado que generaban ingentes pérdidas y escaso o nulo valor público. En 2002, sobre la base de la COPRI, Fondo de Promoción de la Inversión Privada, la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras - CONITE y la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú - PROMPERÚ, con el Decreto Supremo 027-2002-PCM del 24 de abril del 2002

⁽¹⁾ Con el Decreto legislativo 674, que en su artículo 2º establecía hasta cuatro modalidades para promover el crecimiento de la inversión privada

se crea PROINVERSIÓN, y se inician los procesos de concesión.

Como todo organismo estatal, PROINVERSIÓN ha sido y es fiscalizada por la CGR, actividad que ha consistido básicamente en el análisis de las normas y su aplicación a casos concretos, teniendo como resultado Informes con recomendaciones que conllevan en muchos casos el cambio de procedimientos o formas de gestionar de la entidad. La oportunidad de la intervención de la CGR, salvo el caso del Informe Previo, es determinada por ella misma, pudiendo ser también concurrente o posterior (en la práctica la mayoría de informes han sido de control posterior con sus diversas denominaciones) . Adicionalmente, la propia legislación de Control, inciso f) del artículo 15° prevé que los Informes de la CGR se consideren prueba preconstituida para dar inicio a una investigación jurisdiccional a cargo del Ministerio Público, en caso se encuentren indicios de comisión de delito.

De lo expuesto queda claro que la intervención de la CGR es un elemento fundamental en la gestión pública, no solo por la labor fiscalización propiamente dicha, sino por que como resultado de su intervención una entidad del Estado debe modificar normas o procedimientos que de acuerdo a la interpretación de los funcionarios del ente fiscalizador, contravengan otras de mayor jerarquía, en el campo de lo administrativo, o en el tema responsabilidades, determinando el inicio de acciones civiles o penales a los funcionarios responsables.

Si bien lo expuesto refleja una situación, teóricamente coherente y de mucha importancia para el quehacer público, siempre surgen interrogantes respecto a los errores o desviaciones que se pueden cometer con una fiscalización inadecuada o con conceptos erróneos y los perjuicios que se le pueden causar a la propia Administración Pública y a los funcionarios que tuvieron a su cargo la gestión.

En tal sentido, en el presente trabajo se analizará una de las observaciones de un Informe de Auditoría de un caso concreto, para poder determinar si la misma se hizo de acuerdo a las normas que rigen a la CGR; si el informe generó algún tipo de consecuencia en el Estado y en los funcionarios involucrados, es decir si aquel contribuyó a la generación de valor público.

1.2 Formulación del problema

Desde la COPRI, a inicios de los años 90, el organismo encargado de privatizaciones, concesiones y hoy Alianzas Público-Privadas, ha utilizado normas propias para realizar su objetivo.

Existieron muchas razones para la elaboración de normas específicas para la realización de los procesos, entre ellas que la actividad era completamente novedosa y no existía legislación al respecto; la regulación de los procesos de selección en el Estado, estaba y lo sigue estando, diseñada para adquirir bienes o servicios, mientras que aquellas fueron diseñadas para transferir activos, acciones y luego a concesionar servicios del Estado o tramitar Iniciativas Privadas.

Sin embargo, un elemento que se aprecia de la legislación primera, como el Decreto Legislativo 674 y sus normas modificatorias, es que dejó a cuerpos colegiados, (el Consejo Directivo y los Comités Especiales de Privatización – CEPRIS) la dirección de los procesos en base a decisiones discrecionales, en las que por su naturaleza siempre existía más de una opción para resolver una determinada situación. Se pueden citar muchos ejemplos de lo afirmado, como la decisión del destino de una empresa del Estado, la que podía ser liquidada con la finalidad de extinguirla o se podían vender sus acciones o dividirla en actividades o transferir parte de sus activos etc.

La principal idea de la utilización de ese tipo de normas, era que cualquier interpretación de las mismas estuviese motivada siempre por el hecho de lograr el objetivo originalmente planteado, es decir la satisfacción de una necesidad de la sociedad, ya sea eliminando actividades improductivas, o creando o mejorando un servicio público, es decir tratando de orientar a que el aparato estatal cree efectivamente valor público, lo que se sustentaba a su vez en la utilización de una de las opciones señaladas previamente, así como en la utilización de un modelo distinto de gestión al burocrático, imperante en ese momento, tomando los conceptos de la nueva administración pública.

Esta misma idea se plasmó en las normas concretas de los procesos, es decir las Licitaciones de Proyectos Integrales o los Concursos Públicos de Precios, los que estaban regulados en los respectivos pliegos de condiciones o Bases. Es así que a lo

largo del tiempo se han elaborado Bases acordes a la naturaleza de cada proceso, ya sea para ventas, concesiones o adjudicación de iniciativas privadas, las que, como todo pliego de condiciones de contratación pública, contiene disposiciones regladas. Sin embargo, toda vez que resulta sumamente difícil poder prever todas las situaciones que se pueden producir en el desarrollo de un proceso licitatorio, que son necesarias de resolver, al igual que en los casos de la legislación general, se le otorgó a un cuerpo colegiado la facultad de calificarlas y resolverlas, ya no recurriendo a normas concretas y específicas, sino a razonamientos técnicos especializados, doctrinarios y jurídicos aplicables al tema, que en la doctrina se conocen como decisiones discrecionales. ⁽²⁾

Como no podía ser de otra manera, PROINVERSIÓN (sucesor de la COPRI) ha sido y es fiscalizada por la CGR, cuyos informes incluyen recomendaciones, las que pueden versar sobre temas muy diversos, desde la sugerencia de corrección de un procedimiento, norma interna o propia de Poder Ejecutivo, hasta la indicación para el inicio de acciones legales contra funcionarios que al entender de dicha entidad hayan cometido actos que impliquen responsabilidad administrativa, civil o penal. Las mencionadas recomendaciones son de cumplimiento obligatorio para las entidades del Estado, y para convertirse en tales, los auditores del ente fiscalizador deben haber recibido y evaluado toda la documentación y descargos de los funcionarios, que tengan relación con la materia de la auditoría.

A pesar que lo expuesto corresponde a un esquema racionalmente planteado y lógicamente presentado, este funciona en los casos donde la contrastación entre la gestión y la legislación colisionan de manera evidente (el caso más ilustrativo puede ser el incorrecto uso de partidas presupuestales o malversación de fondos, que incluso tiene connotación penal en su tratamiento). Sin embargo, el esquema pierde solidez, cuando las recomendaciones provienen de observaciones realizadas al actuar

⁽²⁾ Para el caso de estudio, el tema de la actuación discrecional solo se limita a la función de los Comités en la resolución de situaciones no previstas. Con posterioridad al caso en cuestión, y a raíz de las normas de la CGR que le dieron la facultad sancionadora, en el Decreto Legislativo 1224 se incluyó la siguiente disposición:

SEXTA.- La facultad legalmente establecida para actuar discrecionalmente, de las entidades públicas que tienen a su cargo la aprobación, conducción, ejecución, supervisión y fiscalización de los procesos de promoción de la inversión privada, se ejerce para optar por la decisión administrativa debidamente sustentada que se considere más conveniente, dentro del marco que establece la ley, teniendo en consideración los criterios establecidos por la cuarta disposición complementaria final de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 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.

discrecional de los funcionarios, generalmente por discrepancias en la interpretación o por tener el ente fiscalizador conceptos u opiniones técnicas o de gestión distintas, ante situaciones que por su naturaleza no tienen una sola solución.

Es en este punto donde se puede presentar y de hecho se presentan diversas situaciones conflictivas, en las que a pesar de existir normas expresas que tratan el tema de la opinión discrepante de los auditores, como se verá más adelante, lo que se agrava más aún con el hecho que no existe recurso impugnatorio para un Informe o recomendación de la CGR, sin existir por lo tanto otra posibilidad más que la de implementarlas o asumir la responsabilidad correspondiente.

Cuando lo planteado sucede, se afecta de manera sensible la gestión de las entidades, ya que los funcionarios encargados de la misma, ante la imposibilidad de prever cómo deberán efectuar una correcta rendición de cuentas, por no saber los criterios o las interpretaciones que realizarán los encargados de la fiscalización, pueden optar por la inacción o el tomarse más salvaguardas legales que las exigidas para cada proceso, haciéndolo más lento y burocrático, lo que resulta un contrasentido con el concepto de generación de valor público, por una disociación entre el fin que debe lograr una entidad del Estado para la sociedad en general y la razón de ser de la fiscalización superior en su rol retroalimentador específicamente en lo que se refiere a la mejora de la gestión pública, afectando de paso el principio de predictibilidad administrativa.

1.3 Objetivos de la investigación

El objetivo principal de este trabajo es presentar el caso concreto de un informe de control que cuestiona decisiones de gestión discrecionales, con sustento legal de un cuerpo colegiado, discrepancia que se sustenta en una interpretación distinta de las Bases que hace la CGR, sobre un Acuerdo del Comité Especial Pro Seguridad Energética , en adelante CEPSE.

El análisis del Informe indicado deberá responder las siguientes interrogantes:

¿La actuación del CEPSE estuvo de acuerdo a Ley y de ser así, los actos de gestión llevados a cabo fueron los necesarios para el proceso?

¿Está facultada la CGR para fiscalizar decisiones discrecionales?

¿Qué sucede ante una diferencia de criterio entre la CGR y una entidad del Estado?

La respuesta a las interrogantes nos permitirá determinar si el Informe se realizó siguiendo las pautas y normas que rigen el accionar de la CGR y si tal forma de actuar tuvo implicancia en la gestión pública, contribuyendo a la generación de valor público o por el contrario constituyéndose en un elemento negativo por las consecuencias de su aplicación, que pueden ir desde gastos en defensas judiciales de procesos que no debieron iniciarse, hasta la incertidumbre en funcionarios e inversionistas en la tramitación de los procesos.

1.4 Justificación de la investigación

1.4.1 Importancia de la investigación

La labor de fiscalización superior en la gestión pública cumple un doble rol, a saber, la fiscalización para efectos correctivos, en el caso de incumplimiento de lo prescrito en las normas y procedimientos para el quehacer de la Administración Pública, a través de la verificación de la correcta y oportuna utilización que las entidades del Estado hacen de los recursos públicos y, en segundo lugar, producto de dicha actividad una función retroalimentadora para la mejora de la gestión pública. Para cumplir su función la CGR contrasta las normas que rigen a las entidades, con el cumplimiento que se ha dado a las mismas. Cuando producto de la fiscalización se encuentran desviaciones, las recomendaciones van desde una corrección menor en formas de registro, hasta la sugerencia de modificación de un procedimiento interno o de una norma de mayor jerarquía.

Sin embargo, cuando al entender de la entidad fiscalizadora, el incumplimiento o la desviación reviste mayor gravedad, los informes de fiscalización recomiendan el inicio de acciones administrativas o judiciales, pudiendo ser éstas últimas civiles o penales, resultando evidente la trascendencia de la fiscalización en la gestión pública, tanto por lo indicado como por los precedentes que se configuran, que sin tener carácter vinculante, influyen en el quehacer de las entidades del Estado.

En tal sentido, si bien no es correcto hacer generalizaciones de un solo caso, si consideramos de utilidad mostrar un proceso de fiscalización concreto, desde el origen de la materia a fiscalizar, hasta la fiscalización propiamente dicha, lo que nos puede

dar una idea de cómo se lleva a cabo en la práctica una acción de control, y así poder ver si sus recomendaciones contribuyeron a la mejora de gestión de la entidad fiscalizada o si por el contrario se dieron excesos o distorsiones en los procedimientos aplicados, en detrimento no solo de los funcionarios que intervinieron en ella, sino de la futura gestión de proyectos por su aplicación.

1.4.2 Viabilidad de la investigación

La documentación que se requiere para la investigación son las Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión al sector privado del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”; los Acuerdos del Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Seguridad Energética - Pro Seguridad Energética” ; Informe Legales tanto internos como externos sobre el tema de la descalificación de un postor y el Informe de Auditoría N° 237 -2015-CG/MPROY-AC “ Auditoría de cumplimiento al proceso de promoción de la inversión del proyecto “Mejoras a la seguridad energética del país y desarrollo del gasoducto Sur Peruano” Periodo: 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014 de la CGR. Toda la documentación indicada se encuentra en los repositorios de PROINVERSIÓN y es de acceso público.

Respecto a los recursos humanos, financieros, materiales se cuenta con los necesarios al igual que con el tiempo suficiente para el desarrollo de la investigación.

1.5 Limitaciones del estudio

Lo óptimo para este estudio, hubiera sido poder contar con diversos informes de la CGR para poder analizarlos y poder determinar si existe un número significativo o no de informes que se desvían de las normas legales que regulan su accionar o que cuyo contenido no es aceptado por el Poder Judicial, en lo Civil o en lo Penal, de esa manera se contaría con información suficiente como para hacer una recomendación orientada a temas de gestión de la CGR. Sin embargo resulta sumamente difícil contar con un expediente completo sobre un determinado caso, ya que generalmente solo se puede obtener la parte que corresponde a un determinado funcionario, siendo el receptor final de la totalidad del mismo quien dirija la entidad auditada o el sector al que pertenezca.

Para el estudio de este caso, por razones laborales tuvimos la oportunidad de ver desde su inicio el proceso “Mejoras a la seguridad Energética del País y Gasoducto Sur Peruano”; el accionar de los funcionarios que lo tuvieron a su cargo; el proceso de adjudicación; la intervención de la CGR y muchas de las diligencias con el Poder Judicial, tanto en la parte civil como en la penal. Por tratarse, para PROINVERSIÓN de un proceso concluido, la totalidad de los informes y documentos son de acceso público.

La mayor limitación está dada por la bibliografía y doctrina, que en su mayoría está orientada a ver las bondades del control sobre la Administración Pública, sin cuestionar el accionar de los entes de control o cómo se realiza aquel en los casos concretos, a pesar que se han encontrado algunas Tesis o artículos que cuestionan si la CGR realmente contribuye a la generación de valor público en su accionar o los que cuestionan la legislación por considerar que excede el mandato constitucional.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

“La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, artículo de Víctor Sebastián Baca Oneto, publicado por el Círculo de Derecho Administrativo, el autor hace un análisis de una sentencia del TC, que aporta elementos de estudio muy valiosos como son los “grados de arbitrio concedidos” a las organizaciones administrativas; los ámbitos en los que ésta puede ser ejercida; la importancia de la motivación de los Actos Administrativos y la arbitrariedad como falta de razonabilidad de aquella.

“La Discrecionalidad Técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, de Tomás Ramón Fernández, Revista de Administración Pública 2015, se hace un análisis considerando el control jurisdiccional de los Actos de la Administración, planteando la duda respecto a la capacidad de los peritos judiciales de cuestionar actos discrecionales de las entidades del Estado, a lo que denomina valoración técnica. El concepto resulta relevante en la medida que reconoce la dificultad que implica ese tipo de cuestionamiento.

“Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional: reflexiones a propósito de la aprobación de las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional”. Artículo de Erika García Cobián Castro, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP (2013). La autora presenta el rol que le compete a la CGR en la fiscalización del tema presupuestal, en el contexto del contrapeso de los poderes del Estado. Considera como algo fundamental que un organismo superior de control actúe con imparcialidad y objetividad, condiciones necesarias para la determinación de la responsabilidad de funcionarios públicos.

“Buena administración en el marco del control gubernamental. Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno de Francisco Daniel Chipana Castillo (2018)”. Donde se menciona el concepto de buena administración, que incluye como elemento fundamental la discrecionalidad en el actuar de los funcionarios públicos, dada la complejidad de actuaciones que se

requieren en el funcionamiento del Estado. Asimismo, hace un recuento de los subprincipios de buen gobierno, corrección, transparencia, eficacia, rendición de cuentas y participación, como los que se deben seguir en el cumplimiento de los objetivos del Estado. Otro elemento importante que analiza el autor es el rol de la CGR en la buena administración del Estado, especialmente en lo referido a la legalidad.

“El plazo administrativo (con especial referencia al Derecho Comparado)” Juan Carlos Morón Lima julio de 1998. Descripción doctrinaria del alcance de los plazos en los procesos administrativos, concluyendo que si bien el proceso administrativo responde al criterio de una unidad de vista, solo cuando el procedimiento ha terminado se dan por concluidas sus etapas, siendo imposible realizar actos procesales del mismo, únicamente accionar a través de recursos impugnativos.

“La prueba preconstituida del informe de control de la Contraloría General de la República y la contravención a la autonomía del Ministerio Público en el distrito fiscal de Coronel Portillo – Ucayali”. Tesis optar el Título Profesional de Abogado, Arbildo Carbajal, Kevin Junior y Rengifo Dávila, María Milagros Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Escuela profesional de Derecho de la Universidad privada de Pucallpa, 2018. En esta Tesis los autores hacen analizar la validez de la norma de la Ley de Control, en lo que se refiere a la calidad de los Informes de Control, concluyendo que dicha norma vulnera la autonomía del Ministerio Público ya que no solo no cumple con los requisitos jurídicos y doctrinarios para ser considerada una prueba preconstituida, sino que excede la competencia de la CGR para regular dicho tema.

“Contraloría General de la República: Propuesta de valor público sostenible”. Tesis para optar el grado de Master en Gestión Pública de Letona Pereyra, Ursula Noborikawa Nonogawa, Jeanette Sagastegui Ponsignon, Rocío. UPC 2009. Las autoras de la Tesis parten de un cuestionamiento principista para analizar la labor de la CGR, preguntándose si dicha entidad estatal logra generar Valor Público. Para responder tal interrogante, analizan desde el texto constitucional que fija las facultades de la CGR, hasta el texto legal que parecería excederlas. Incluyen la comparación de entidades y sistemas de fiscalización de otros países, proponiendo finalmente la necesidad de reformar al sistema, más orientado al resultado y carácter de cada entidad del Estado.

“La naturaleza jurídica de la prueba preconstituida en el Código Procesal Penal de 2004”. Tesis de Erick Salas Barrera para optar el grado académico de Magíster en Derecho Penal, PUCP 2018. Esta Tesis, al analizar el tema de la prueba preconstituida, nos ha permitido entender los cuestionamientos que se han realizado al numeral f) del artículo 15 de la Ley de Control, ya que nos brinda conceptos doctrinarios sobre la calidad de las pruebas en un proceso penal.

“El ejercicio del derecho de contradicción en los informes de auditoría derivados de los servicios de control posterior”. Trabajo de Investigación para optar el grado de Maestro en Gestión Pública con Mención en Formación Práctica en Contratación Pública de Cristian Paul Cáceres Cermeño. USIL – 2018. Este estudio trata uno de los puntos centrales de nuestra investigación, que es el referido a la imposibilidad de contradecir un Informe de auditoría, desarrollando en extenso los argumentos legales de la CGR. Asimismo, aporta elementos muy valiosos en lo referido a políticas públicas y valor público, así como a las consecuencias que se generan de informes de la CGR con deficiencias, errores o desviaciones.

“Gestión estratégica y creación de valor en el sector público” (Mark H. Moore, 1998, caps. 1 y 2) En este estudio el autor plantea con suma claridad los conceptos del Valor Público, cómo debe entenderse y puede medirse, planteando ejemplos muy ilustrativos de lo que se espera de los directivos públicos, con el caso de un concejal que debe asumir una nueva función.

“Control gubernamental: una herramienta efectiva o una estocada más a la gestión pública” (Camilo Carrillo 2022). A raíz de un informe del Contralor General de la República, sobre las cifras de la corrupción, el autor hace un estudio sobre diversos informes de la CGR, analizando si aquellos estuvieron dentro de la competencia de dicha entidad y si los temas técnicos fueron abordados adecuadamente, ofreciendo una estadística muy elocuente sobre el particular.

“Introducción a la gestión pública, un Estado al servicio de la ciudadanía” (Capítulo 1 El Estado) Waissbluth, Mario (2021). En el Capítulo revisado el autor expone en conceptos muy simples las formas tradicionales de actuar del Estado, resumiéndolas en Sermones, Zanahorias y Garrotes. Adicionalmente plantea el tema del cambio del modelo de un Estado modelo weberiano a uno de interoperatividad en beneficio del

ciudadano.

“La cadena de valor público: un principio ordenador que previene la colisión metodológica”, de Aníbal Jorge Sotelo Maciel (2012). El artículo nos permite entender que la cadena de valor público es un modelo que analiza lo sucedido con el accionar del gobierno, más que lo que puede suceder con la aplicación de una política pública específica.

“Hacia la auditoría del valor público: retos para la auditoría gubernamental en la Contraloría General de la República de Costa Rica.” De Rebeca Calderón Rodríguez y Marina Fernández-Cuesta Román (2018). En este artículo las autoras definen claramente la diferencia de una auditoría de cumplimiento de una de desempeño, que es en la que sí se puede verificar si las entidades del Estado están o no generando Valor Público.

2.2 Bases teóricas

Como hemos mencionado anteriormente, el tema de este trabajo está relacionado con los conceptos utilizados o no, para las conclusiones de un Informe de la CGR y sus implicancias con la gestión pública. Para el análisis de lo indicado se han utilizado principalmente los temas doctrinarios de mayor afinidad, que a nuestro entender están dados por el control de actos discrecionales de la Administración Pública y la preclusión en los actos administrativos.

Sin perjuicio de lo expuesto, el concepto de buena administración, tal como es entendido doctrinariamente, resulta sumamente útil para nuestro análisis lo que nos permitirá contrastar lo que se espera de una entidad de la Administración Pública y cómo la fiscalización puede afectar su accionar.

De otro lado, los principios del control gubernamental que se encuentran recogidos en el artículo 9 de la Ley de Control, nos deben dar el marco conceptual completo sobre el que la CGR debe basar su accionar y nos permitirán, el caso bajo estudio, saber si fueron o no aplicados en la acción de control, así como los principios de la Ley del Procedimiento Administrativo General, especialmente el de eficacia de los actos

administrativos.

Entendemos que la labor de la CGR no debe estar ajena a lo que se espera de las entidades del Estado, es decir cumple un papel importante en la evaluación de la implementación de las políticas públicas, a través del análisis de la gestión de cada entidad, debiendo generar recomendaciones tendientes a mejorar los aspectos de la gestión de las mismas, para lo que el concepto de valor público nos da los elementos necesarios para su estudio

2.3 Definición de términos básicos

Actos discrecionales

Decisiones de la Administración Pública, sobre las que existe más de una posibilidad de solución legal, a un requerimiento o resolución de un caso concreto.

Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN

Entidad del Poder Ejecutivo encargada de llevar a cabo los procesos de promoción a la inversión privada que le son encargados

Bases

Las condiciones y requisitos del Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Proyecto Mejoras a la seguridad Energética del País y Gasoducto Sur Peruano.

Comité Pro Seguridad Energética -CEPSE

Directorio que tuvo a su cargo el Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Proyecto Mejoras a la seguridad Energética del País y Gasoducto Sur Peruano.

El Concurso

Es el Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Proyecto “Mejoras a la seguridad Energética del País y Gasoducto Sur Peruano”.

Consortio Gasoducto Peruano del Sur - CGPS

Postor al Concurso

Contraloría General de la República - GGR

Entidad constitucionalmente autónoma, encargada del control gubernamental en las entidades del Estado.

Fiscalización

Actividad orientada a la supervisión y control de legalidad de la ejecución presupuestal de las entidades del Estado.

Informe de Auditoría – El Informe

Es el Informe de Auditoría N° 237 -2015-CG/MPROY-AC "Auditoría de cumplimiento al proceso de promoción de la inversión del proyecto "Mejoras a la seguridad energética del país y desarrollo del gasoducto Sur Peruano" Periodo: 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014 de la Contraloría General de la República.

CAPÍTULO III VARIABLES Y DEFINICIONES

La variable principal en nuestro estudio, está dada por la evaluación que realizaremos al Informe de la CGR, concretamente al trabajo de los auditores de dicha entidad y si aquellos excedieron las facultades que les da la Ley y si estas fueron correctamente utilizadas .

Para lograr lo indicado, hemos dividido los argumentos de la CGR en cuatro, de forma tal, que cada uno de ellos nos permita entender el sustento que utilizó el ente contralor para sus conclusiones.

Una vez identificadas las premisas, se han analizado los argumentos expuestos por los funcionarios y asesores de PROINVERSIÓN, para sustentar las decisiones del CEPSE, todos elaborados previamente a la Observación y al igual que en el caso anterior se han resumido en temas como la discrecionalidad administrativa, la preclusión y lo que puede considerarse como vicio insubsanable en un proceso.

Los conceptos doctrinarios, se han obtenido en su totalidad de las fuentes de información referenciadas; el sustento de la Observación, del propio Informe de la CGR y la argumentación respecto a la gestión del CEPSE de los Informes Legales y documentos diversos del Centro de Información de PROINVERSIÓN.

CAPÍTULO IV DESARROLLO DEL CASO

4.1 El Concurso

La primera parte de este y de todos los procesos que lleva a cabo PROINVERSIÓN, está dada por el conocimiento que toman los interesados en la materia del Concurso, de manera general con proyectos de Bases y de Contrato. (Ver Gráfico de Línea de Tiempo)

La versión inicial de las bases brinda información sobre: los bienes o servicios que se requieren para la satisfacción de alguna necesidad pública (carreteras, servicios de telefonía, en el caso concreto la construcción de un gasoducto trasandino) orientada a la reducción de la brecha de infraestructura y servicios esenciales; las reglas y procedimientos para la selección propiamente dicha y las condiciones que al momento de su publicación, se consideran las adecuadas para la ejecución del proyecto. En igual sentido la versión inicial de contrato permite a los interesados, conocer de antemano, las condiciones, garantías, penalidades plazos de ejecución etc. a los que se someterán, en caso de resultar adjudicatarios de una buena pro. Toda esta información es pública y debidamente publicitada, de manera tal que se garantiza un total acceso a su contenido y alcances, desde el inicio del proceso, preservándose los principios de transparencia, publicidad, acceso a la información de los interesados y de la sociedad en general, en su calidad de beneficiarios últimos del bien o servicio.

A continuación, previo pago del derecho de participación, el interesado adquiere la calidad de Postor, lo que le da derecho a hacer consultas sobre cualquier tema relacionado a las bases o al contrato, cuya respuesta es obligatoria por parte de PROINVERSIÓN; así como también sugerencias a cualesquiera estipulaciones de bases o contrato, a diferencia de las consultas, las sugerencias no son obligatorias para PROINVERSIÓN, ya que mientras un postor hará sugerencias que le sean convenientes únicamente a él, PROINVERSIÓN tiene que orientar la inclusión de sugerencias o cambios que le permitan lograr el fin último del proceso, es decir, la satisfacción de una necesidad pública.

Culminada dicha etapa, los Postores de manera individual o en consorcio, deben presentar el Sobre N° 1, cuya utilidad es la de calificar las calidades de los interesados,

lo que determinará su aptitud para continuar en el Concurso.

4.1.1 Sobre N° 1

La elaboración del Sobre N° 1 no es en solo acto, sino que se da un plazo dentro del cual los postores presentaban su documentación, ante Notario Público y a la Comisión de Recepción del Sobre N° 1. Durante el plazo indicado, la Comisión revisa los documentos y de encontrar fallas o deficiencias, solicita a los postores la subsanación o cambio de la misma. Lo indicado tiene por objeto incentivar a los interesados a iniciar el procedimiento con la mayor antelación posible, de forma tal que pueda, en caso de requerirlo, tener el tiempo necesario para corregir o completar la documentación necesaria, la que una vez encontrada toda conforme en forma y fondo, se declaraba al postor “precalificado”; en su defecto, el postor, quedaba fuera del Concurso.

A la forma de recepción y evaluación descrita se le denomina *prechecking*, y como se puede apreciar del procedimiento, este tiene por finalidad dar las mayores facilidades a los interesados para la completar el Sobre N° 1, siendo la idea final lograr la mayor cantidad de competidores.

Otra característica para resaltar de la forma para elaborar el sobre N° 1 y su posterior evaluación es el hecho que ninguno de los documentos del Sobre 1 tiene puntaje, es decir si cumple la totalidad de requisitos, continua, en su defecto queda fuera. Esta modalidad se ha venido aplicando en los procesos y consiste en la elaboración lo más precisas posible de las características lo que se requiere. En caso no existan estándares sobre el particular. El ejemplo más simple del tema es cuando se requiere que el operador, en caso de una carretera, haya manejado redes de “x” kilómetros como mínimo, o que los responsables de las obras civiles hayan construido “y” kilómetros. Si el interesado cumple el mínimo establecido es suficiente, y continuará en el concurso. ¿Pueden los interesados acreditar obras de mayor extensión a las solicitadas? La respuesta es afirmativa, pero dicha diferencia, no le da ninguna ventaja en la evaluación final.

La razón de ser de este sistema de evaluación del Sobre 1⁽³⁾, tiene una serie de

⁽³⁾ Premiado por UNCTAD (*Investment Promotion Award*) en 2011 a las mejores prácticas en el mundo.

ventajas como minimizar la no descalificación de una propuesta por temas menores, o errores materiales, permitiéndose el tiempo necesario para su corrección. La mayor virtud del sistema estriba en que en adelante los postores competirán utilizando, generalmente un solo factor, ya que todos tienen las capacidades requeridas. En tal sentido la adjudicación siempre puede hacerse en mesa, ya que los factores de evaluación son muy simples, a saber, obtendrá la buena pro el postor que solicite menor cofinanciamiento, o quien proponga la propuesta más baja o una combinación de ambas, evitándose evaluaciones prolongadas en gabinete.

En el caso concreto del Concurso es importante mencionar que el Documento N° 1 del Sobre N° 1 de las Bases definitivas - Anexo 1 - indicaba que documentación se debía presentar y la consecuencia ante un caso de falta de veracidad ⁽⁴⁾.

Posteriormente, mediante la Circular N° 18 se hace una modificación a las Bases, respecto a la conformación o el posible cambio, y el plazo para consorcios (Anexo 2).

4.1.2 Presentación de los Sobres N° 2 y N° 3

La última etapa del proceso es la presentación los Sobres N° 2 (propuesta técnica) y N° 3 (propuesta económica) en acto público. El Sobre N° 2 contenía, entre otros documentos dos declaraciones juradas, la primera denominada de Vigencia de Información, es decir que todo el contenido del Sobre N° 1 “permanece y permanecerá vigente de la misma manera hasta la Fecha de Cierre”; la segunda denominada Aceptación de las Bases del Concurso y Contrato, donde se dejaba constancia del conocimiento de los indicados documentos y del compromiso de firma del Contrato, en caso de resultar adjudicatario. El Sobre N° 2 debía ser evaluado por la Comisión de Evaluación de Sobre N° 2, cuyas conclusiones debían ser declarar a un Postor Calificado o Descalificado.

En el siguiente Acto Público, Apertura de Sobre N° 3 y Adjudicación de la Buena Pro

(4) “5.2.1.1. Documento 1: Compromiso de presentar información fidedigna, mediante la presentación del Formulario 1 del ANEXO 3 de las Bases, que tendrá el carácter de Declaración Jurada (...) deberá ser presentada al Comité mediante documento simple firmado por el Representante Legal del Postor, cuya firma deberá ser legalizada (...). La falta de veracidad o insuficiencia en los datos o en la información presentada por el Postor en este Concurso que detecte el Comité, ocasionará que el Comité lo descalifique en cualquiera de sus etapas”.

se debían abrir los Sobres N° 3 solo de los Postores Calificados y entre aquellos escoger al de menor monto solicitado.

4.1.3 Acto de Presentación de Sobres N° 2 y N° 3

El 26 de junio de 2014, a unos minutos de iniciado el Acto Público, el representante legal del CGPS manifestó haber ingresado por la mesa de partes de PROINVERSIÓN una comunicación informando que su composición accionaria había sido modificada, Anexo 3, la que luego de analizada por el CEPSE fue respondida con la carta del Anexo 4.

4.1.4 Informes legales

Al margen de su decisión primera, el CEPSE también solicitó tres informes legales, el primero al Estudio DELMAR – Anexo 5.1 - que concluye, en que la carta enviada al postor GPS debe ser dejada sin efecto, ya que en caso dicho postor ratificase el contenido de la Declaración Jurada del Sobre N° 2 (de Vigencia de la información del Sobre N° 1) estaría contradiciendo lo manifestado en su comunicación al CEPSE; en caso rectifique la composición con la fue precalificado, perjudicaría las dos Declaraciones Juradas (del Sobre N° 1 y del N° 2); luego concluye en la descalificación del postor, por haber aceptado el sometimiento expreso a las Bases previsto en el numeral 1.5.3, (lo que es ratificado con la *Declaración Jurada del Formulario 2 del Anexo N° 6*) ha incurrido en la causal prevista en la segunda parte del numeral 5.2.1.1 (ver nota 6). El segundo informe es del Asesor Legal del proyecto, que asume las conclusiones del estudio DELMAR - Anexo 5.2 -. El tercer informe, del Estudio Echecopar - Anexo 5.3 - hace un razonamiento casi idéntico al del Estudio DELMAR, añadiendo que la incongruencia entre las Declaraciones Juradas y la carta del CGPS, lleva a un vicio “insubsanable” y que por el mismo argumento la carta remitida por el CEPSE no tiene efecto ya que la causal de descalificación ya se “consumó”.

4.1.5 Decisión de CEPSE

Sobre la base de los indicados informes legales, recogidos en el Resumen Ejecutivo N° 37-2014/DPI/SDGP del 28 de junio de 2014 - Anexo 5.4 -, el CEPSE emite un Acuerdo dejando sin efecto la carta remitida al CGPS - Anexos 5.5 y 5.6 - y

comunicándole su descalificación; en el Acto público se le devuelve el Sobre N° 3 sin abrir; se calificó al otro postor al que finalmente se le adjudicó la buena pro (Ver en el Anexo 6 el Acta).

4.2. Aspectos legales

4.2.1 Carta al CGPS

Ante la comunicación del CGPS, el CEPSE tenía hasta tres alternativas.

La primera, no tomar en consideración lo indicado por el CGPS y continuar el proceso, basándose en que el tema como tal no se encontraba previsto en las Bases, por lo tanto, el Concurso debía continuar normalmente y recién analizar sus consecuencias en la Fecha de Cierre (ante el supuesto que fuese al adjudicatario de la buena pro y que no hubiese una impugnación del otro postor).

La segunda opción podría haber sido la descalificación del postor de inmediato, ya que al tener la obligación el CEPSE de darle a la comunicación el trámite debido, en aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), tendría que haberla considerado una solicitud de reconfirmación, etapa que a la fecha había precluido.

La tercera alternativa, también de descalificación, se podría haber sustentado en que el contenido de la comunicación del CGPS, contradecía las Declaraciones Juradas de los Sobres 1 y 2, lo que atentaría contra el principio de veracidad de la LPAG.

Sin embargo en uso de la facultad que le confería el numeral 1.5.1 de las Bases donde se indicaba que tenía como función “(...) resolver todo lo que no se encuentre previsto en las Bases o en las Leyes Aplicables y, en general, para ejercer todas las demás atribuciones que le asignan las Leyes Aplicables”, el CEPSE optó una alternativa diferente a las enunciadas, solicitando al CGPS que ratifique el alcance de la Declaración Jurada de Vigencia del Sobre N° 2 mediante la comunicación del Anexo 4.

A las decisiones como las indicadas, en el derecho se les denomina discrecionales, y

a pesar que la doctrina nos brinda abundante literatura sobre el particular, utilizaremos solo los conceptos de una Resolución del Tribunal Constitucional, citados por Baca Oneto en *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano* ⁽⁵⁾, donde se afirma que en estos casos “los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la Ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo”. Es preciso añadir que en la Resolución mencionada se distinguen hasta “tres grados de arbitrio” (p. 182), mayor, intermedia y menor. Respecto a la discrecionalidad intermedia, el autor indica:

“La discrecionalidad intermedia “es aquélla en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión”, afirmando más adelante el TC que el interés público cumple esta función. Los conceptos jurídicos indeterminados serían aquellos en donde el derecho “concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada” ⁽⁶⁾ (p.182).

Si nos atenemos al concepto transcrito, veremos que el proceder del CEPSE se encuadra en sus alcances, en la medida que puso en funcionamiento el margen de apreciación que la norma le concede. En primer lugar el CEPSE recurre a la Circular 18 (ver Anexo 2), que contiene tres elementos fundamentales, a saber: una fecha máxima para la composición o reconfirmación de Consorcios, lo que en Derecho Administrativo se conoce como plazos perentorios ⁽⁷⁾; estableció la preclusión de la

⁽⁵⁾ Baca Oneto, V.S

⁽⁶⁾ Op. cit

⁽⁷⁾ “Los plazos administrativos limitan la posibilidad de efectuar actos procesales dentro de un cierto período de tiempo futuro, indicando cuándo deben de ser realizados. Son de tipo ordenatorios (simples y prorrogables) y perentorios.

(...)

Son aquellos plazos que con su vencimiento impiden la ejecución del acto procesal al que están referidos, agotando la facultad no ejercida en el procedimiento sin requerirse apremio, petición de parte ni resolución declarativa adicional (ejemplo, plazos para impugnación de resoluciones o de subsanación

etapa, es decir vencido el plazo aquella se da por concluida y se continua con la siguiente y deja constancia que la aprobación no era automática, ya que requería de la evaluación que debía realizar el CEPSE, indicándose expresamente en la Circular “El Comité se reserva el derecho de aceptar esos cambios”.

Un segundo fundamento es la situación contradictoria que se presentó con las declaraciones juradas. En efecto, ante la comunicación del postor del cambio de composición, el Comité remitió la Carta del Anexo 4 solicitando la ratificación de la declaración jurada del Sobre N° 2, ya que en su defecto la situación planteada contradecía ambas declaraciones juradas. Sin embargo, a la vista de los posteriores informes legales, el CEPSE concluye en que lo planteado por el Postor no tenía solución, a saber, si el postor ratificaba la declaración jurada del Sobre N° 2, quería decir que el cambio de composición comunicado no era cierto. Por el contrario, si el postor rectificaba la declaración jurada del Sobre N° 2, la perjudicaba al igual que la del Sobre N°1. Por lo tanto ante cualquier supuesto se estaba ante información falsa, (las declaraciones juradas o la comunicación del CGPS). Dicho razonamiento lleva al CEPSE a la conclusión que se trata de un vicio insalvable según lo previsto en el numeral 5.1.1.1:

“Requisitos generales

(...)

La falta de veracidad o insuficiencia en los datos o en la información presentada por el Postor en este Concurso que detecte el Comité, ocasionará que el Comité lo descalifique en cualquiera de sus etapas”.

Como un argumento complementario relacionado al anterior, se encuentra la vulneración al principio de veracidad de la Ley 27444, (ver nota al pie de página N° 4).

4.3 Informe de la CGR

Siguiendo la secuencia del proceso, en la fecha prevista para la apertura del Sobre N° 3 y Adjudicación de la buena pro, en el Acto Público se comunicó la descalificación al

documental a una solicitud o de declaración de nulidad de oficio)”. Juan Carlos Morón, EL PLAZO ADMINISTRATIVO

CGPS, se otorgó la buena pro al Consorcio Gasoducto Sur Peruano, suscribiéndose el contrato el 22 de julio de 2014, el que para que comenzar a operar requiere se realice el Cierre Financiero, fecha en la que el ganador de la buena pro, ya convertido en Concesionario, debe acreditar que cuenta con todos los recursos financieros y contratos suscritos que se requieren para cumplir sus obligaciones ⁽⁸⁾.

Antes de cumplirse el plazo para el Cierre Financiero, la CGR realizó una Auditoría de Cumplimiento al Concurso, (Anexo 7), que concluyó en cinco observaciones, siendo la primera de ellas referida a la descalificación del postor (en adelante la Observación), en la que se indica:

“ III OBSERVACIONES

1. SE DESCALIFICÓ A POSTOR A PESAR DE QUE LAS BASES NO PREVEN LA TRANSGRESIÓN INSUBSANABLE ATRIBUIDA, OCASIONANDO LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA Y QUE NO SE TENGA UNA PROPUESTA ECONÓMICA MENOR QUE LA PROPUESTA GANADORA EN APROXIMADAMENTE US\$ 136 000 000.(sic)” (p, 12 del Informe).

A continuación, se transcribirán fragmentos de los principales argumentos en los que se sustenta la Observación del ente fiscalizador ⁽⁹⁾, seguido de nuestro análisis, al igual que para los Descargos y la Recomendación del Informe.

4.3.1 Primer fundamento

“(…) en el hecho incurrido no se presentó la falta de veracidad ni la insuficiencia de los datos en la información presentada por el postor, supuestos que habilitaban la descalificación del CGPS en aplicación del segundo párrafo del numeral 5.2.1.1 de las bases del concurso, es más, dicho hecho no constituía una trasgresión insubsanable a las bases” (p. 12 y 13 del Informe el subrayado es nuestro).

⁽⁸⁾ Cláusulas 6.5 a la 6.7 del Contrato

⁽⁹⁾ La argumentación completa de la CGR se encuentra en las páginas 12 a 36 del Informe.

Con dicho enunciado la CGR afirma que no se han dado los supuestos previstos en las Bases para la descalificación ⁽¹⁰⁾, sustentándose en la interpretación que hacen los auditores de las Bases y de la manera cómo aquellas debieron haber sido aplicadas, al indicar el procedimiento que debió haber seguido el CEPSE, en resumen cuestiona una decisión discrecional por tener una opinión distinta de lo sucedido y de las normas aplicables.

Sobre este particular, la Ley del Sistema Nacional de Control –Ley N° 27785, establece en su Artículo 9, los principios del control gubernamental, entre ellos el f) que indica: “La legalidad, que supone la plena sujeción del proceso de control a la normativa constitucional, legal y reglamentaria aplicable a su actuación”.

Por su parte el Manual de Auditoría de Cumplimiento -MAC ⁽¹¹⁾ indica en el numeral 100 (Factores a considerar en la elaboración de las desviaciones de cumplimiento):

“Diferencias de opinión

En el ejercicio de su facultad discrecional, amparada en la legislación vigente que lo autorice, los funcionarios de la entidad pueden adoptar decisiones con las cuales la comisión auditora no está de acuerdo. La comisión no debe cuestionar si tales decisiones fueron tomadas sobre la base de una consideración adecuada de los hechos en el momento oportuno. Asimismo, no debe observar las decisiones tomadas por los funcionarios, por el solo hecho de tener una opinión distinta acerca de su naturaleza y circunstancias en que debió ser adoptada. Al elaborar las desviaciones de cumplimiento la comisión auditora no debe sustituir el juicio de los funcionarios de la entidad examinada por el suyo.

⁽¹⁰⁾ **5.2.1.1. Requisitos Generales:**
(...)

La falta de veracidad o insuficiencia en los datos o en la información presentada por el Postor en este Concurso que detecte el Comité, ocasionará que el Comité lo descalifique en cualquiera de sus etapas.

⁽¹¹⁾ Aprobado por le Resolución de Contraloría 473-2014-CG del 22 de octubre de 2014

Autoridad legal

La legislación vigente confiere un grado de discrecionalidad a las operaciones de una entidad, con la cual la comisión auditora no puede ni debe interferir. Es responsabilidad de la comisión auditora informar sobre los casos en que la entidad no está cumpliendo con las leyes o normas reglamentarias, así como también recomendar las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de tales datos.”

De una simple lectura de las normas transcritas y del texto del Informe, se aprecia que los auditores de la CGR las incumplieron, encontrándose en todos los supuestos, a saber:

- El CEPSE estaba facultado a decidir ante situaciones no previstas en las Bases según el numeral 1.5.1 de dicho cuerpo normativo.
- Los auditores discrepan con la interpretación que hace el CEPSE sobre los conceptos de falta de veracidad y vicio insubsanable, sin refutar los informes legales que sirvieron de sustento, utilizando como único argumento su opinión.
- Los auditores impusieron su criterio interpretativo al precisar en la Observación que el procedimiento que debió haber seguido el CEPSE era el haber calificado el escrito del CGPS como una solicitud de cambio de composición. Este último punto merece especial atención ya que tal aseveración ni siquiera es invocada por el CGPS en su carta, en la que solo pone en conocimiento del CEPSE su nueva composición.

4.3.2 Segundo fundamento

“Las bases del Concurso prevén la subsanación de las deficiencias generadas por la inoportuna información de la modificación de porcentajes de participación de los integrantes del CGPS” (p. 13 del Informe).

Es preciso indicar desde un principio, que lo afirmado por la CGR en el párrafo transcrito, no se encuentra en las Bases, ya que aquellas prevén la subsanación de documentos en dos oportunidades, en la verificación de los documentos del Sobre N° 1 ⁽¹²⁾ y en los del Sobre N° 2 ⁽¹³⁾, en los dos casos mencionados, los posibles defectos en los Sobres siempre deben ser detectados por el CEPSE, esto con la finalidad que no se descalifique a un postor por errores menores o defectos en la documentación, por lo que se puede otorgar un plazo para su corrección o subsanación, siempre sujeto a la apreciación del Comité, es decir no es automática ni menos obligatoria para dicho cuerpo colegiado. La argumentación de la CGR concluye de la siguiente manera:

“Entonces al haber presentado el postor CGPS la modificación de la participación de sus integrantes fuera del plazo previsto y sin los documentos sustentatorios, el trámite que correspondía era que el Comité rechace dicha modificación y que el postor mantenga tal cual la participación presentada en el Sobre N° 1 (Documento N° 4 y Documento N° 6), asimismo, considerando que el postor indicado presentó su modificación y enseguida su declaración jurada de vigencia, contenida conjuntamente con otros en el Sobre N° 2, correspondía que el Comité requiera al postor subsanar (numeral 8.2.3) la citada declaración jurada ratificando su alcance en el sentido de mantener inalterable la información y documentación Original del Sobre N° 1” (p. 18 del Informe el subrayado es nuestro).

Dejando de lado el reconocimiento expreso de la CGR de que se trata de una

⁽¹²⁾ “ 6.1 Presentación del contenido del Sobre N° 1
(...)

En la evaluación posterior a la recepción del Sobre N° 1, en caso de que se constatare la existencia de defectos del Sobre N° 1, a juicio del Comité, éste instará al Postor a subsanar o cumplir con lo observado hasta el plazo indicado por el Comité, bajo apercibimiento de quedar excluido de la calificación.

⁽¹³⁾ 8.2.1 (...) Si el Comité determinase que existiera defectos por subsanar, respecto de cualquiera de los documentos contenidos en el Sobre N° 2, se procederá a comunicar al Postor para que en el plazo que se otorgue, subsane los defectos incurridos. En ningún caso se considerará como defecto subsanable la no presentación de cualesquiera de los documentos que deben estar contenidos en el Sobre N° 2.

modificación y no un error, lo que descarta de plano el fundamento, en nuestra opinión, el argumento se contradice a si mismo, ya que si el CEPSE hubiese aceptado la modificación de la Declaración Jurada del Sobre N° 2, quedaría vigente la del Sobre N° 1, es decir se acepta el cambio de composición, pero se reafirma que la original es la que vale.

Sobre el fondo del asunto, como se ha podido observar, no se trató de un defecto subsanable, lo indicado por el CGPS fue un cambio en la composición de su consorcio, que tenía una regulación específica en la Circular 18, en forma, alcance y especialmente en la oportunidad para su ejecución. Hacemos especial énfasis en el tema de la oportunidad ya que como todo proceso tiene etapas consecutivas, las que una vez tramitadas concluyen, que en derecho se denominan preclusivas, tema sobre el Guillermo Cabanellas ⁽¹⁴⁾ nos brinda la siguiente definición:

“PRECLUSIÓN. Agotamiento del derecho o facilidad procesal por el transcurso del tiempo o algún acto incompatible. Para Couture, extinción, clausura o caducidad del derecho para realizar un acto procesal, por prohibición de la ley, transcurso de la oportunidad para verificarlo o realización de algo incompatible. (...)

Se está pues, ante el desfile de las distintas fases de la tramitación o del procedimiento, que requieren fijeza y temporalidad para impedir que la parte negligente o malintencionada no supere la iniciación ni disponga de medios para dilatar indefinidamente la resolución definitiva sobre el litigio.

(...).”

Para entender nuestra posición en este punto, haremos el ejercicio de aplicar lo indicado por la CGR (lo que no solo hubiera implicado el cambio de la Declaración Jurada, sino volver a realizar todo el proceso del Sobre N° 1).

En primer lugar, el CEPSE hubiera tenido que haber suspendido el proceso para tramitar la Carta de CGPS y darle el tratamiento de una subsanación. Este solo hecho no solo contraviene la antes mencionada Circular 18, sino un total de trece numerales que mencionan el sometimiento de los postores a las Bases, así como la facultad del

⁽¹⁴⁾ En *Diccionario de Derecho Usual* Tomo V. pág. 352

CEPSE para interpretarlas ⁽¹⁵⁾. Siguiendo con el razonamiento hipotético, superado lo anterior, el CEPSE tendría que haber revisado el proceso de Precalificación del CGPS, que hubiera implicado la presentación de veinte formularios correspondientes a cinco Anexos ⁽¹⁶⁾, cuya revisión y evaluación podría tomar por lo menos quince días, considerando que la precalificación original tomó casi treinta. Terminado lo anterior, luego de la evaluación correspondiente, se podría suponer que el CEPSE aceptaría la nueva composición y continuaría el proceso público anteriormente interrumpido. Como se puede apreciar, lo indicado no solamente hubiese resultado totalmente ineficiente y poco transparente, por tratarse de un proceso público, sino que nada hubiese garantizado que el otro postor o el mismo CGPS quisieran volver a cambiar su composición tantas veces lo vieran conveniente, tornando al Concurso impredecible y por lo tanto inviable.

El ejercicio presentado nos demuestra, por el absurdo, por qué un proceso y éste en concreto, tiene etapas que precluyen.

Finalmente, llama la atención que entre los argumentos que invoca la CGR está el artículo 5° del Decreto Legislativo 1012, referido a la competencia en los procesos de promoción, cuando el numeral 151.4 de la Ley 27444 ⁽¹⁷⁾ indica que *“La preclusión por el vencimiento de plazos administrativos opera en procedimientos trilaterales, concurrenciales, y en aquellos que por existir dos o más administrados con intereses divergentes, deba asegurárselas tratamiento paritario”*. (el subrayado es nuestro), es decir la preclusión cumple por función, entre otras, el garantizar que los postores, en un proceso de competencia sean tratados de manera homogénea.

En tal sentido este argumento no tiene un correlato en las Bases; proviene en fondo y forma de una interpretación incorrecta e incompleta que hace la CGR de las mismas y es más, si el CEPSE hubiese procedido como lo entendió el ente fiscalizador, podría haber tornado el proceso ineficiente y contrario a ley.

⁽¹⁵⁾ Numerales 1.1; 1.2; 1.3.10; 1.3.22; 1.3.46; 1.3.51 al 1.3.53; 1.4.13; 1.4.15; 1.5.3; 1.6.1 y 1.8.1.

⁽¹⁶⁾ Anexos 1, 3, 4, 5 y 6.

⁽¹⁷⁾ Ley del Procedimiento Administrativo General.

4.3.3 Tercer fundamento

“Igualmente, la información de modificación de participación del postor CGPS no constituye una falta de veracidad, porque el CGPS mantenía su conformación inicial del Sobre N° 1, como se corrobora con la carta s/n de 19 de marzo de 2015 en la que el citado Consorcio manifestó a la Comisión Auditora que: “(...) En ese sentido, el 26 de junio del 2014, los miembros del Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, suscribimos una enmienda al MOU “*Memorandum of Understanding*”, documento anexo a esta carta, donde se hizo constar por escrito el cambio de participación de GDF Suez del 25% al 2% y por lo tanto se incrementó la participación de Sempra, Tecpetrol y TGI del 25% al 32.66%. Decisión que de acuerdo a las Bases de la licitación (numeral 10. 2. 1. 2) sólo podría materializarse inmediatamente después del otorgamiento de la Buena Pro” (p. 25 del Informe el subrayado es nuestro).

El último argumento de la CGR para sustentar su observación, invoca una comunicación del CGPS en la que no se comprende muy bien, ya que según el texto la modificación solo iba a producir efecto luego de adjudicada la buena pro (en la Fecha de Cierre)

Pero el tema determinante en este punto es que la carta está fechada en el año 2015, es decir posterior a los hechos materia del informe, lo que no debió ser aceptado por los auditores por mandato expreso del antes citado numeral 100 del MAC se dispone:

“Condiciones al momento de ocurrir el hecho.

La comisión auditora debe tener en cuenta al realizar su trabajo las circunstancias que rodearon a la materia examinada, mas no aquellas existentes en el momento de efectuar la auditoría. Para obrar con objetividad y realismo, el auditor debe evitar emitir juicios sobre el cumplimiento de la legalidad de la

materia a examinar, soportado en percepciones tardías; así como asumir el peso de la prueba si su evaluación le conduce a plantear que la decisión adoptada por la entidad fue incorrecta o inapropiada, de acuerdo con la situación examinada.”

4.3.4. Cuarto fundamento

“Se verificó en el numeral 4.1.8 del INFORME DE VEEDURÍA PPIP'S N° 28-2014-OCI/PROINVERSIÓN/CJCA (Apéndice n° 23) de 7 de setiembre de 2014 que el Órgano de Control Institucional de Proinversión señaló que “(...) el representante del consorcio Gasoducto Peruano del Sur (...), solicitó la atención de los medios de comunicación presentes y los reunió (...), abriendo en ese mismo instante un sobre que fue mostrado a los medios de comunicación que prestaron atención a su llamado, y señalando que su propuesta económica (US\$ 7,192 millones), era menor que la propuesta ganadora en US\$136 millones (...)”.(p. 25 del Informe el subrayado es nuestro).

Teniendo como premisas los tres argumentos indicados, la CGR concluye que con la descalificación del CGPS se impidió tener una propuesta menor, cuantificándola.

Para analizar esta conclusión es necesario recordar lo que sucedió en el Acto de apertura del Sobre N° 3, en el que luego de la descalificación del CGPS el Notario devolvió a su representante el Sobre N° 3 sin abrir, y luego el Informe de Veeduría indica que el representante de GPS abrió un sobre, que supuestamente contenía la oferta del CGPS, menor a la del otro postor, con lo que quedaría demostrado el perjuicio.

En otras palabras, la CGR basa su afirmación en un documento cuya autenticidad es imposible de ser confirmada (ya que nunca fue abierto en público), que ni siquiera los auditores tuvieron a la vista, sino utilizando como única fuente el informe del Auditor

Interno de PROINVERSIÓN, quien dicho sea paso tampoco afirma que el sobre abierto por el representante del CGPS es el mismo que le fue devuelto.

El tema de las evidencias y pruebas es tratado en diversas normas de la propia CGR, siendo unas de ellas los Principios de la Ley, a saber:

- “j) La objetividad, en razón de la cual las acciones de control se realizan sobre la base de una debida e imparcial evaluación de fundamentos de hecho y de derecho, evitando apreciaciones subjetivas.”

Asimismo, al igual que en el caso anterior, el Manual de Auditoría de Cumplimiento, indica:

- “20. La seguridad de la Auditoría de Cumplimiento obliga a entender la materia a examinar y a obtener evidencia suficiente y apropiada para fundamentar la conclusión del Auditor” (Informe de Auditoría) (el subrayado es nuestro).

4.3.5 Descargos

En la etapa de evaluación de descargos, la CGR no consideró los argumentos expuestos por los funcionarios responsables, debiéndose mencionar que los informes de la CGR solo pueden ser revisados por la propia CGR de oficio, lo que quiere decir que no son susceptibles de impugnación alguna, como lo dispone el artículo 24 de la Ley, a saber:

“Artículo 24.- Carácter y revisión de oficio de los Informes de Control

Los Informes de Control emitidos por el Sistema constituyen actos de la administración interna de los órganos conformantes de éste, y pueden ser revisados de oficio por la Contraloría General, quien podrá disponer su reformulación, cuando su elaboración no se haya sujetado a la normativa de

control, dando las instrucciones precisas para superar las deficiencias, sin perjuicio de la adopción de las medidas correctivas que correspondan.”⁽¹⁸⁾

4.3.7 Conclusiones y recomendaciones del Informe

Es en base a los fundamentos analizados que la CGR concluye en el negligente accionar de los funcionarios involucrados, y remite al Ministerio Público (ver páginas 83 y 87 del Informe).

Asimismo las indicadas conclusiones originaron recomendaciones que implican cambios en la gestión de la entidad

“Disponer a los órganos competentes que incorporen en sus lineamientos y directivas de los procesos de promoción de la inversión privada, procedimientos y controles orientadas a garantizar la transparencia y competencia en el desarrollo de los procesos mencionados; entre otros, que contengan disposiciones para obtener la propuesta cuyo costo del servicio y solución técnica sea la más conveniente para el Estado, así como, para promover que en la etapa de presentación de propuestas se logren la mayor cantidad de ofertas válidas. (Conclusiones n.ºs 1, 2, 3 y 5)” (p. 86 del Informe)”

Es muy importante tener en cuenta la especial característica de las recomendaciones de las CGR, ya que si bien por su denominación parecerían optativas o no vinculantes, por el contrario son de cumplimiento obligatorio, y no existe posibilidad de revisión o impugnación de su contenido, salvo de oficio por la propia CGR.

A lo indicado debe añadirse que el total del Informe debe ser considerado como prueba preconstituida por expreso mandato de la segunda parte del numeral f del artículo 15 de la Ley, que indica como atribución del Sistema:

⁽¹⁸⁾ Los alcances de este artículo serán tratados en extenso como último punto de este trabajo.

“Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes. En el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional, no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria previa, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables”⁽¹⁹⁾.

Queda claro entonces, que las entidades del Estado no tienen más opción que iniciar los procesos que indique un informe de la CGR, aun sabiendo que los mismos tiene poca posibilidad de resultar favorables a las entidades, caso contrario los funcionarios que no interponen las acciones asumen la responsabilidad por omisión de funciones.

CAPÍTULO V ANÁLISIS Y COMENTARIO

Si bien la presente investigación no es una de Derecho, hemos considerado centrar la mayoría de nuestros análisis en temas normativos, por ser el elemento que nos permite tener claro desde un inicio que es lo que se espera de los agentes públicos y de su gestión en el logro de las políticas públicas; es decir, la legislación, sea esta en sentido material o formal, nos dirá quién tiene la competencia para ejercer tal o cual función; cuáles son los recursos de los que dispone. Sin embargo, para el análisis de los temas de gestión el Derecho, no nos ofrece mayores herramientas, para lo que es necesario recurrir a otro tipo de conceptos, como son la eficiencia y la eficacia, o las distintas técnicas que existen para mediar la creación del valor público.

⁽¹⁹⁾ Sobre el tema de la prueba pre-constituida, Arbildo y Rengifo, mencionan que la norma vulnera la autonomía del Ministerio Público, y por lo tanto muchos fiscales del Distrito Fiscal de Coronel Portillo - Ucayali. optan por no aplicarla.

5.1 Gestión del CEPSE

A continuación, analizaremos desde la óptica de los temas de gestión, dos de las decisiones que tomó el CEPSE: el envío de la carta al CGPS y la descalificación del mismo.

Respecto al primer punto, hemos visto en el numeral 4.2.1 que el CEPSE podía tener hasta tres alternativas casi evidentes, sin embargo, opta por una distinta a las anteriores, solicitando al CGPS ratifique las declaraciones juradas.

Sobre el particular, de la revisión de la documentación que respalda tal decisión, se aprecia que la idea de enviar la carta, tenía por finalidad tratar de resolver una situación no prevista en las Bases, de manera tal que se pudiera mantener a dos concursantes en el proceso y así generar la competencia que un proyecto de gran envergadura como era el del Gasoducto del Sur. Si bien el tema en un principio parecía obvio para el CEPSE, es decir que lo que correspondía era la descalificación, sus miembros consideraron que el postor debía tener la oportunidad de explicar la razón de su comunicación, llegando al extremo de plantear la posibilidad que la carta en cuestión pudiese haber sido un error o en todo caso, su razón de ser tendría por finalidad anunciar anticipadamente una situación que podría darse luego de adjudicada la buena pro, por lo que se le dio como plazo para su respuesta una hora antes de la lectura de los postores calificados y apertura del Sobre N° 3.

En cualesquiera de las hipótesis que pudo haberse planteado el CEPSE encontramos un accionar orientado a la eficacia del Concurso, es decir lograr la adjudicación con la competencia de dos postores, sin modificar los plazos originalmente planteados, destacando que esta decisión es tomada por el Comité con la interpretación que hicieron sus miembros de las Bases.

En lo que se refiere al Acuerdo, que a ese momento el CEPSE ya cuenta con tres informes legales, los mismos coinciden en que la presentación de la comunicación del CGPS perjudicó las declaraciones juradas y la veracidad de la información, y concluyen también de manera coincidente, en que la descalificación inmediata del CGPS, por tratarse de un vicio insubsanable. Como consecuencia de lo indicado, la carta remitida

por el CEPSE al CGPS no debía surtir efecto alguno, dada la naturaleza insubsanable del tema.

Como se puede apreciar, a diferencia de la primera decisión que se basó en las opiniones de los funcionarios de la entidad, en este caso la presencia de tres informes coincidentes dio un alto grado de certeza a los miembros del CEPSE, respecto a que su Acuerdo estaba suficientemente sustentado ⁽²⁰⁾.

Así las cosas, cabría preguntarse si el CEPSE realizó los mejores actos de gestión para resolver el tema o si podría haber tomado una decisión distinta a la descalificación sustentada por los informes legales.

En ese contexto respecto a los informes ¿Podrían haberse solicitado más informes legales? La respuesta es afirmativa, sin embargo, de ahí surge una siguiente interrogante ¿Cuántos informes legales son necesarios para el mejor sustento de una decisión? Esta pregunta no tiene una sola respuesta, ya que siempre existirán diversas opiniones al respecto, sin embargo, consideramos que tratándose de un tema interpretativo en materia jurídica, dos informes coincidentes eran suficientes.

En cuanto a la descalificación propiamente dicha también cabría plantearse si el CEPSE pudiese haber tomado una decisión distinta. Al igual que en el caso anterior la respuesta es afirmativa, pero no encontramos razón alguna para apartarse de lo recomendado, además que los mismos fueron solicitados precisamente para conocer la opinión de expertos en la materia. Otro tema que no debe pasar desapercibido, es que todas las acciones realizadas se llevaron a cabo sin modificar ninguno de los plazos del cronograma previsto originalmente.

Por lo expuesto creemos estar en condición de poder afirmar, que en el proceso de adjudicación analizado el CEPSE siguió razonablemente las pautas y tomó las acciones para llevar a cabo una gestión eficiente y eficaz, orientada a la generación del

⁽²⁰⁾ Con posterioridad a la decisión tomada por el CEPSE, se ha encontrado un tercer Informe Legal externo del Estudio Guzmán Napurí Abogados del 15 de julio de 2014, que absuelve una consulta sobre la pertinencia de la medida adoptada por el Comité. Dicho informe coincide con los anteriores, agregando el concepto de vulneración del Principio de Veracidad establecido en la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General -Anexo 5.7-.

valor público que le competía, al haber logrado la adjudicación del proyecto en el tiempo que fue programado.

5.2 El Informe de la CGR

En esta parte encontramos que si bien las normas del Sistema Nacional de Control mencionan los conceptos de eficiencia, eficacia o control de gestión por resultados, realizando una contrastación de su interpretación de las Bases con lo llevado a cabo por el CEPSE, en el caso concreto los auditores encargados parecerían no haber seguido las normas que le son aplicables.

Planteando el tema en otros términos mientras la gestión del CEPSE toma más en cuenta los conceptos de la Nueva Administración Pública por su orientación a los resultados, por supuesto dentro de los márgenes que la legislación le permite, la CGR parece controlar, con prescindencia de los resultados de la gestión llevada a cabo y como consideramos que ha sucedido en el presente caso, interpretando y aplicando de manera incorrecta las normas que rigen su accionar.

Esta diferencia de ópticas hace difícil poder dar una opinión respecto al trabajo de la CGR, pero si nos da una explicación de como por un lado el CEPSE consideró que había realizado una labor acorde a la legislación que le era aplicable y por otro lado el llamado a controlarlo lo encontró negligente al punto de solicitar acciones legales en contra de sus integrantes.

El resultado de la situación planteada resulta un total contrasentido para el Estado, ya que se supone que las entidades del Estado deben tener cada vez más en cuenta los conceptos de economía, eficiencia y eficacia, en su gestión la que debe orientarse la creación del valor público como fin último, sin embargo en la forma de control descrita, las entidades y funcionarios obrarán esperando que los razonamientos legales que le sirvieron de sustento coincidan con los del ente fiscalizador, independientemente de sus resultados.

El tema mencionado no es reciente y fue tratado entre otros, en la “Agenda Pendiente de Reformas en el Perú 2008” Confederación Nacional de Instituciones Privadas – CONFIEP, citada por Letona, Noborikawa y Sagastegui ⁽²¹⁾.

“Los mecanismos de control sobre la administración pública con que se cuenta actualmente se basan en procedimientos y formalidades que limitan la capacidad gerencial sin que impidan la corrupción. La complejidad normativa que enfrentan las entidades públicas en cuanto a funciones y procesos (desorden, desactualización, vacíos y contradicciones) crea una mayor inseguridad para los funcionarios honestos y facilita la corrupción. Mientras se enfatiza el control de formalidades, se ha descuidado por completo el control sobre los resultados de la gestión.” (p.32)

Muy recientemente el tema tratado por Camilo Carrillo ⁽²²⁾ en su artículo “Control gubernamental: una herramienta efectiva o una estocada más a la gestión pública”, en el que nos dice:

“Como se puede observar entonces, los resultados de los análisis del CPC referidos a los tres tipos de informes no son alentadores: la vulneración de la capacidad discrecional de los funcionarios públicos para tomar decisiones sustentadas —uno de los requisitos de esta discrecionalidad— impacta en el desarrollo de los proyectos. Funcionarios cuestionados en su criterio técnico y posteriormente denunciados por tener criterios distintos a los ingenieros, economistas, contadores o abogados que forman parte de las comisiones de

⁽²¹⁾ *Contraloría General de la República: Propuesta de valor público sostenible*. Tesis para optar el grado de Master en Gestión Pública de Letona Pereyra, Ursula Noborikawa Nonogawa, Jeanette Sagastegui Ponsignon, Rocío. UPC 2009.

⁽²²⁾ *Control gubernamental: una herramienta efectiva o una estocada más a la gestión pública* (Camilo Carrillo 2022), Artículo del Número 26 de la Revista Control y Gestión Gaceta Jurídica.

cada informe de control —al menos seis tipos de profesionales por informe—, no hacen más que ir socavando la capacidad de los sectores de avanzar en la ejecución de proyectos”.

Podemos buscar y encontrar muchas razones que han llevado a la disociación que existe entre lo previsto en la Ley y la forma como esta se aplica, y probablemente la más razonable sea que cuando se han introducido reformas en el Estado, la CGR (invocando su autonomía) ha propuesto las suyas a través de cambios y reformas legislativas, independientemente de lo que se debe esperar del Estado en su conjunto, dentro del rol que le compete. Dicho desarrollo paralelo, a la luz de un caso como el descrito, no parece provenir del supuesto que la fiscalización es un medio para lograr la mejora del quehacer de las entidades del Estado, que siempre debe orientarse a la generación del valor público, sino más bien del concepto que la fiscalización cumple un fin en si mismo con prescindencia de otros elementos.

La prueba de lo indicado es el numeral 24 de la Ley de Control, que califica los Informes de la CGR como actos de Administración Interna, lo que sin mencionarlo expresamente, impide que sean impugnados, únicamente pueden ser objeto de revisión por la propia CGR ⁽²³⁾. Con esta norma es muy probable que el legislador haya querido evitar mayor dilación en la aplicación de los Informes de Control, a costa del debido proceso al que tiene también derecho los funcionarios públicos, entre otros efectos. Sin pretender agotar el tema, que pertenece más a la esfera del Derecho, la calificación mencionada, no se ajusta a lo que dispone la Ley del Procedimiento Administrativo General.

“1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.”

⁽²³⁾ Con la Resolución de la CGR N° 185-2021-CG del 10 de setiembre de 2021 se aprobó la Directiva 008-2021-CG/ACAL sobre la revisión de Oficio de los Informes de Control.

Si nos atenemos a la norma, nos queda claro que los Informes de la CGR no son Actos de Administración Interna por su naturaleza, sino por una calificación legal, a nuestro entender errónea y por qué no, forzada y más bien por sus efectos, forma y alcance tienen más las características de un Acto Administrativo ⁽²⁴⁾.

Si unimos los conceptos brindados hasta este momento sobre los Informes de la CGR, tendremos que uno elaborado de acuerdo con las normas de Control, en caso de indicios de faltas grave o delitos, sirve de insumo para el Ministerio Público, el que con elementos certeros presentará la denuncia correspondiente, al igual que los procuradores en los casos civiles y las autoridades administrativas propias de las entidades. En este caso el Estado será resarcido, los responsables sancionados y las entidades del Estado mejorarán sus procedimientos, lo que en definitiva coadyuvará a la creación de Valor Público.

Sin embargo, ensayemos, las implicancias de un informe con errores o excesos en su contenido, seguirá el circuito antes mencionado, llevando a procesos con poca probabilidad de tener éxito a nivel judicial (sea en lo civil o en el penal), más el daño a las entidades por el cambio de procedimientos que no debieron darse, sumado al daño a los funcionarios públicos intervinientes, con los gatos que todo lo mencionado implica.

En nuestra opinión todo esto puede suceder y de hecho ha sucedido en el presente caso, haciendo que las autoridades orienten sus investigaciones de manera incorrecta.

Surge entonces la pregunta respecto a cómo solucionar lo planteado.

Como hemos visto, por lo menos en nuestra opinión el problema principal no está a nivel legislativo, (a pesar que consideramos que la CGR tiene más facultades de las que puede ejercer correctamente) sino en la gestión, en este caso en la fiscalización a cargo de sus auditores, que al no poderse impugnar sus informes, y por lo no poder demostrar, como en el caso de este trabajo que se infringieron elementales de la propia CGR, que de haberse detectado por una segunda instancia con conocimiento y

⁽²⁴⁾ El tema es desarrollado en extenso por el Dr. Richard Martin, Tirado en su obra PRÁCTICUM. DERECHO ADMINISTRATIVO Un enfoque teórico practico para la aplicación de las normas del procedimiento administrativo, págs. 299 a 304.

experiencia suficiente, el Informe no hubiese concluido como lo hizo y menos con las consecuencias que originó ⁽²⁵⁾.

Finalmente, sobre el rol que le compete a una entidad fiscalizadora superior como la CGR, Calderón y Fernández ⁽²⁶⁾ llegan a las conclusiones siguientes:

“A partir de lo expuesto, cabe destacar que la creación de valor público juega un papel fundamental con las nuevas tendencias de gestión pública y buen gobierno, ya que la mejora de los servicios que el estado ofrece a la ciudadanía es al final lo que la población valora. Estas tendencias deben permear la práctica de auditoría, de manera que se impulse desde esta actividad, las mejoras correspondientes.

En este sentido, la Contraloría General de la República tiene el reto de incrementar el análisis del valor público de manera directa en sus estudios de auditoría, con el objetivo de que la ciudadanía perciba como parte de una cadena de valor público, mejores servicios y por ende, la satisfacción de sus derechos.”

⁽²⁵⁾ La primera investigación penal fue archivada; existe una segunda en trámite, pero por las confesiones de los empresarios involucrados, que no tienen correlato con ninguna de las afirmaciones de la CGR. En lo Civil, el CGPS impugnó la descalificación usando como argumento el Informe de la CGR, lo que no prosperó en la Segunda Instancia.

⁽²⁶⁾ *Hacia la auditoría del valor público: retos para la auditoría gubernamental en la Contraloría General de la República de Costa Rica*, Rebeca Calderón Rodríguez Marina Fernández-Cuesta Román | ICAP-Revista Centroamericana de Administración Pública (75): 170-176, Diciembre 2018.

CAPÍTULO VI CONCLUSIONES

- 6.1 En la elaboración de la Observación N° 1 del Informe, la CGR no ha tenido en cuenta las normas que regulan su accionar, desde las referidas a los Principios de la Ley de Control hasta Directivas específicas que indican expresamente que una observación no se puede basar en una diferencia de opinión, específicamente en lo que se refiere a las decisiones discrecionales.
- 6.2 Encontramos que la razón de tal desviación no se debe a un tema normativo, sino de la gestión de los funcionarios de control que tuvieron a su cargo la Auditoría.
- 6.3 Los errores o excesos en los informes de la CGR como el estudiado afectan severamente la gestión de las entidades del Estado, en la medida que en lugar de producir la adecuada retroalimentación que deben recibir, origina retrocesos al forzar la aplicación de esquemas de gestión acordes a la fiscalización que recibirán.
- 6.4 En el caso de los funcionarios públicos, lo antes indicado, genera una suerte de parálisis en su accionar, en la medida que al no ser predecible la fiscalización optan por no definir temas de su competencia ante la incertidumbre de interpretaciones u opiniones como las que originan este estudio.
- 6.5 La gestión de la Contraloría General de la República debe ser reformulada y reorientada hacia una la fiscalización de la razón de ser de las entidades del Estado, esto es la generación del Valor Público.
- 6.6 Una de las formas para las que la Contraloría General de la República reoriente su gestión, podría estar dada por retornar al carácter impugnabile de los Informes de control, con una segunda instancia que incida en el estricto cumplimiento del las normas aplicables a los auditores evaluadores los que deberían asumir la responsabilidad por sus recomendaciones en temas de gestión y modificación normativa.

- 6.7 Ese mismo orden de ideas, el personal que labore en la Contraloría General de la República debe contar con experiencia previa en la Administración Pública, lo que le permitirá entender los aspectos de gestión no solo de manera teórica.

CAPÍTULO VII METODOLOGÍA

7.1 Diseño metodológico

Al ser una investigación de tipo documental de enfoque cualitativo, en primer lugar, se describirá el caso, destacando los aspectos relevantes del mismo, que son los tomados en cuenta por la CGR para sus conclusiones y recomendaciones. Luego dichas conclusiones serán analizadas a la luz de aspectos doctrinarios; de informes legales, como fuentes secundarias y finalmente con opiniones de profesionales que tienen o han tenido relación con temas de control gubernamental, como fuentes primarias.

La información que se requiere para el estudio del caso se encuentra en su mayoría en los archivos de PROINVERSIÓN, la misma que tiene carácter público.

Con los antecedentes descritos se tratará de responder las preguntas originalmente planteadas, es decir, en primer lugar, si la CGR tiene facultad para cuestionar una decisión discrecional de una entidad de Estado; en caso de tenerla, si en el caso concreto lo hizo bien y cuáles son las consecuencias que se derivan de su accionar en la gestión pública.

7.2 Aspectos éticos

En la elaboración del Plan de trabajo de investigación, me comprometo a actuar con honestidad intelectual respetando la autoría, diseños e ideas de las fuentes de información consultadas o utilizadas.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Artículos

Baca Oneto, V. S. (2012). *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. *Revista de Derecho Administrativo*, (11), 181-202. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553>

Calderón Rodríguez, Rebeca y Fernández-Cuesta Román_Marina. (2018). *Hacia la auditoría del valor público: retos para la auditoría gubernamental en la Contraloría General de la República de Costa Rica*. *ICAP-Revista Centroamericana de Administración Pública* (75): 170-176, Diciembre 2018. Costa Rica. <https://ojs.icap.ac.cr/index.php/RCAP/issue/view/5>

Carrillo, Camilo. (2022). *Control gubernamental: una herramienta efectiva o una estocada más a la gestión pública*, Artículo del Número 26 de la *Revista Control y Gestión Gaceta Jurídica*. Perú.

García Cobián Castro, E. (2013). Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional: reflexiones a propósito de la aprobación de las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional. *Derecho PUCP*, (71), 443-475. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.016>

Morón Urbina, Juan Carlos. (1998). *El plazo administrativo (con especial referencia al derecho comparado)*. Perú. <https://www.carm.es/chac/interleg/arti0006.htm>.

Tomás-Ramón Fernández_(2015). *La Discrecionalidad Técnica: un viejo fantasma que se desvanece*, *Revista de Administración Pública*, España. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40087>

Sotelo Maciel, Anibal Jorge. (2012.) *La cadena de valor público: un principio ordenador que previene la colisión metodológica*, *Revista Internacional De Presupuesto Público- ASIP N° 80. noviembre/diciembre*, Argentina. <https://baixardoc.com/preview/2012-11-la-cadena-de-valor-publico-un-principio-ordenador-que-previene-la-colision-metodologica-5cf43231b40e5>

Diccionario

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo V P-R, 14 Edición, Argentina.

Informes

Informe Legal del Estudio DELMAR UGARTE Abogados, del 28 de junio de 2014.

Informe Legal N° 28-2014-DPI-SDGP/JPSE.28 de junio de 2014

Informe Legal del Estudio ECHECOPAR, del 29 de junio de 2014.

Informe Legal del Estudio Guzmán Napurí Abogados del 15 de julio de 2014

Informe de Auditoría N° 237 -2015- CG/MPROY-AC "Auditoría de cumplimiento al proceso de promoción de la inversión del proyecto "Mejoras a la seguridad energética del país y desarrollo del gasoducto Sur Peruano" Periodo: 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014 de la Contraloría General de la República.

Libros

Martin Tirado, Richard . (2021). *PRÁCTICUM. DERECHO ADMINISTRATIVO Un enfoque teórico practico para la aplicación de las normas del procedimiento administrativo*. Gaceta Jurídica S.A. Perú.

Moore, Mark H. (1998). (Capítulos 1 y 2) *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*, Editorial Paidós, España.

Waissbluth, Mario. (2021). *Introducción a la gestión pública, un Estado al servicio de la ciudadanía, (Capítulo 1 El Estado)* Editorial Penguin Random House Grupo Editorial Chile. Chile.

Tesis

Ansola Cabada, Gonzalo y Villegas del Solar Gustavo. (1982). *El Control Gubernamental, Tesis conjunta para optar el grado de Bachiller en Derecho en la PUCP*. Perú.

Cáceres Cermeño, Cristian Paul. (2018). *El ejercicio del derecho de contradicción en los informes de auditoría derivados de los servicios de control posterior. Trabajo de Investigación para optar el grado de Maestro en Gestión Pública con Mención en Formación Práctica en Contratación Pública de la USIL*. Perú.
<https://repositorio.usil.edu.pe/handle/usil/3833>

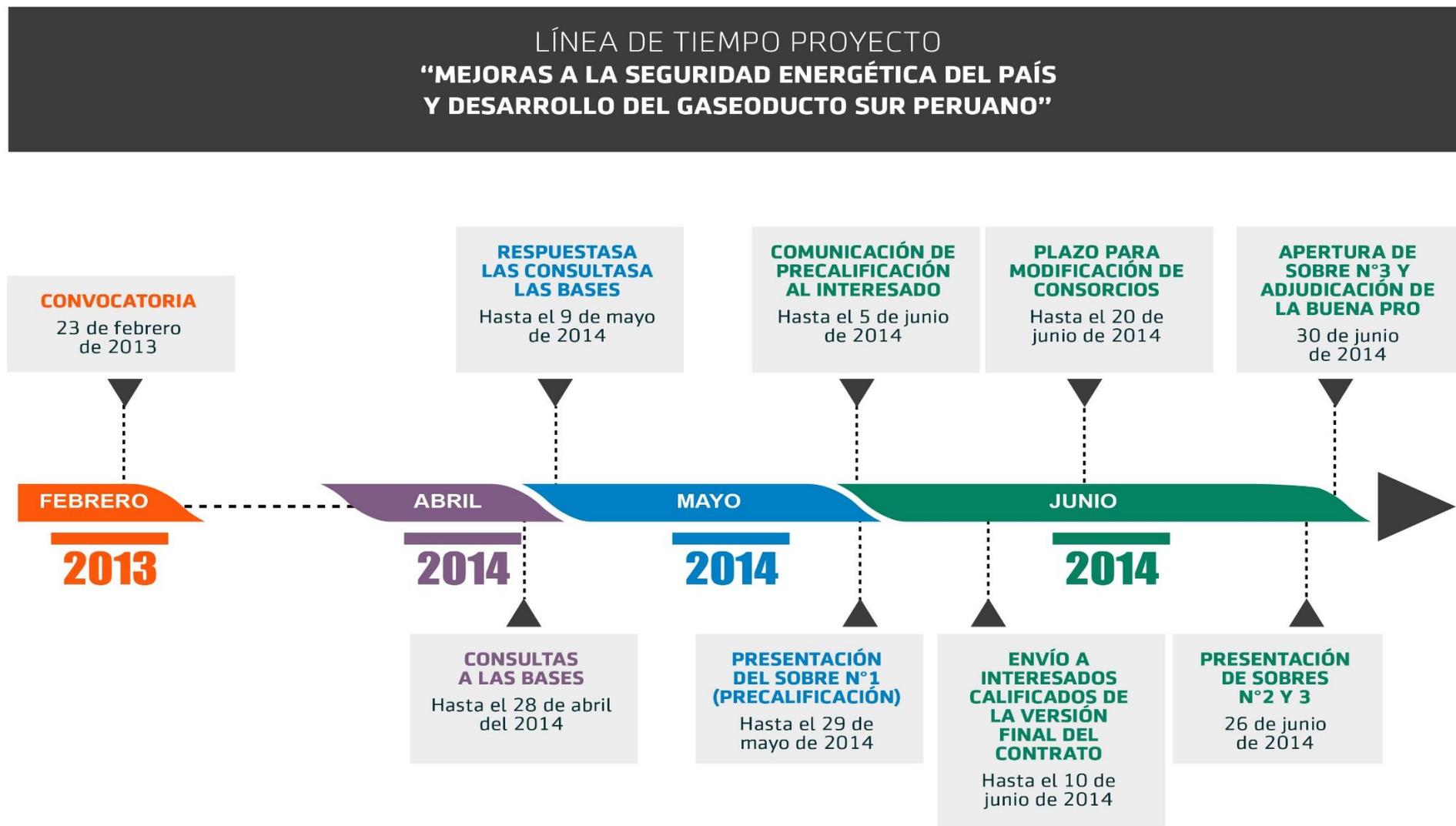
Chipana Castillo, _Francisco Daniel. (2018). *Buena administración en el marco del control gubernamental. Trabajo académico para optar el grado de segunda especialidad en derecho público y buen gobierno de la PUCP*. Perú.
<http://hdl.handle.net/20.500.12404/11924>

Arbildo, K., & Rengifo, M. (2017). *La prueba pre constituida del informe de control de la Contraloría General de la República y la contravención a la autonomía del Ministerio Público en el Distrito Fiscal de Coronel Portillo-Ucayali*. Perú
<http://repositorio.upp.edu.pe/handle/UPP/99>

Letona Pereyra, Ursula; Noborikawa Nonogawa, Jeanette y Sagastegui Ponsignon, Rocío. (2009) *Contraloría General de la República: Propuesta de valor público sostenible*. Tesis para optar el grado de Master en Gestión Pública de la UPC. Perú.
<http://hdl.handle.net/10757/626114>

Salas Barrera, Erick. (2018) *La naturaleza jurídica de la prueba preconstituida en el Código Procesal Penal de 2004. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Penal de la PUCP, Perú.*
<http://hdl.handle.net/20.500.12404/11909>

GRÁFICO 1



ANEXOS

Anexo 1 Bases del Concurso

<https://drive.google.com/drive/folders/1XkO6cl2y25ovDqjj8c-o5XDPImEhbADc?usp=sharing>

Anexo 2 Circular 18 de las Bases y Cronograma

https://drive.google.com/drive/folders/1LUARaB6DDfUMrwXtofsX2N85DulbNH_5?usp=sharing

Anexo 3 Carta del Consorcio Gasoducto Peruano del Sur

https://drive.google.com/drive/folders/1LT_TiVKjOXh7X2IXDShLeVrqyClornkc?usp=sharing

Anexo 4 Carta al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur

<https://drive.google.com/drive/folders/10dknuNP0GrgEERba1WloUri8zBmPaDXf?usp=sharing>

Anexo 5.1 Informe Estudio DELMAR UGARTE ABOGADOS

<https://drive.google.com/file/d/123tTUvgXA7o427zAs3tEf4FzWh53oCd4/view?usp=sharing>

Anexo 5.2 Informe Legal N° 28-2014-DPI-SDGP/JPSE.1

<https://drive.google.com/file/d/1BF1YGMsRBupilGPKGpnjJxSRnBJNDpP/view?usp=sharing>

Anexo 5.3 Informe Estudio Ehecopar

<https://drive.google.com/file/d/137mD3hcC-Le01y7Jo5tZusC5uScy9EGM/view?usp=sharing>

Anexo 5.4 Resumen Ejecutivo N° 37-2014/DPI/SDGP/JPSE.01

<https://drive.google.com/file/d/1QjCijx1k7nnmUc9k8WvTEc0Am0PxzmOa/view?usp=sharing>

Anexo 5.5 Acuerdo Comité Pro Seguridad Energética 94-1-2014-Mejoras

<https://drive.google.com/file/d/1YXp5vqelUZy0DC46MQNXHBJcx2T5aEwT/view?usp=sharing>

Anexo 5.6 Carta N° 27-2014-PROINVERSION-CPSE

<https://drive.google.com/file/d/1oJvU1aU8JjArisK4P9jiscrzzJtYm0C1/view?usp=sharing>

Anexo 5.7 Informe Estudio GUZMÁN NAPURÍ

<https://drive.google.com/file/d/1kuY51toGGraYjgS4bc0w9-ch2xZOi4Dz/view?usp=sharing>

Anexo 6. Acta de Adjudicación

https://drive.google.com/drive/folders/1hKI_32CnrkzvYOcO_P-RfWbJ5E0zUWfb?usp=sharing

Anexo 7 Fragmento del Informe de Auditoría
<https://drive.google.com/drive/folders/1O3jQxJVhJD-gADOWzynaM07ppmUIExc?usp=sharing>