

Del Juez y Parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

Alberto Retamozo Linares*

El presente artículo no sólo analiza el contenido jurídico-dogmático de las consultas, observaciones y el recurso de apelación en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sino también nos invita a conocer el interesante contexto político-económico que motivó el nacimiento de dicho dispositivo legal, siendo los Tratados de Libre Comercio una de las principales novedades. Finalmente, el autor nos motiva a reinterpretar todos aquellos instrumentos legales desde una perspectiva dialéctica y ágil que favorecerá el interés general y particular de manera armónica.

Cuando desde la perspectiva procedimental nos planteamos la temática de las consultas, observaciones e impugnaciones en el ámbito de las contrataciones del Estado; emergen inicialmente interrogantes respecto del contexto jurídico en que se desenvuelven, en relación a qué se efectúan, quiénes las pueden formular o interponer y los actores jurídicos que intervienen. La respuesta a estas interrogantes nos permitirá establecer apreciaciones sobre la condición jurídica de quienes la formulan, la etapa de los procesos de selección en que se plantean, las responsabilidades de la Administración y los derechos subjetivos de los postores.

Este primer acercamiento nos permitirá después analizar la forma en que se instrumentalizan las consultas, observaciones e impugnaciones en el nuevo escenario de las compras públicas, llegando posteriormente a las conclusiones respectivas. Por ello, en las líneas que siguen iremos desbrozando nuestras preocupaciones en el orden expositivo indicado y en los distintos niveles a los que nos hemos referido.

I. EL NUEVO CONTEXTO JURÍDICO DE LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES ESTATALES

El nuevo escenario jurídico se configura a partir de la propuesta presidencial planteada en tres artículos periodísticos, pero tiene, a diferencia del contexto anterior, la singularidad de desenvolverse a nivel

supranacional y nacional. Así, no sólo tenemos el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado¹, en adelante LCE y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el RLCE, sino también los tratados de libre comercio, en adelante TLCs, que hacen referencia a las compras estatales, como son el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, el Tratado de Libre Comercio con Canadá y el Tratado de Libre Comercio con Singapur. El reciente Tratado de Libre Comercio con China no contiene un Capítulo referido a las compras públicas.

En las líneas que siguen presentaremos las dimensiones del nuevo escenario de las contrataciones públicas en el país, y cómo se desenvuelven en este; lo que constituye objeto de nuestra preocupación académica: Las Consultas, las Observaciones y el recurso de Apelación.

I.1. El Decreto Legislativo N° 1017 y “el síndrome del perro del hortelano”

En tres artículos publicados en el Diario “El Comercio” los días **veintiocho** de octubre de 2007, veinticinco de noviembre de 2007 y dos de marzo de 2008, titulados: “El Perro del Hortelano”, el Presidente de la República estableció los parámetros de lo que deberían ser las reformas liberales que aún faltaban implementar en el Perú. En todos ellos el hilo conductor era garantizar política y jurídica-

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. www.albertoretamozolinaires.com; alretamozo@hotmail.com.

1 También tenemos los Decretos Legislativos N° 1018, Perú Compras, y el N° 1063, compras estatales a través de la Bolsa de Productos.

mente el fomento a la inversión privada para que ésta se convierta en el motor del desarrollo del país, asumiendo el Estado un rol secundario y subsidiario. En lo que respecta al Estado, se proponía la reducción de trabas burocráticas a fin de que estas no devinieran en obstruccionistas de la inversión privada y del desarrollo nacional, el incremento de la discrecionalidad a los funcionarios públicos flexibilizando los controles a efectos de obtener un gasto público más rápido, eficiente y oportuno.

Con estas reformas se esperaba poder poner al Derecho Público en consonancia con el Paradigma Liberal, por cuanto durante los últimos años, a pesar del Ajuste Estructural implementado por el Gobierno del Ingeniero Fujimori, en el país la Administración Pública y las normas administrativas habían estado a la saga del nuevo contexto emergido del Consenso de Washington, hoy con los últimos estertores.

Esta propuesta tuvo su materialización jurídica en los decretos legislativos que se promulgaron en junio de 2008, donde el Derecho cumplió una vez más su papel de organizador del poder. Los decretos fueron publicados en Edición Oficial por el Diario Oficial "El Peruano" con el título "Por un Perú Moderno", cuya presentación estuvo a cargo del Presidente Alan García, quien clasificaba a la normativa promulgada en los rubros siguientes: "Normas para transformar el Estado, normas para aumentar el crecimiento y fomentar la inversión; normas para la generación de empleo decente y formalización del trabajo, normas para la calidad educativa y competitividad técnica, normas que agilizan la acción pública".

En este contexto, el Presidente ubicó al Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, entre el rubro de normas para transformar el Estado. Ubicación interesante porque si bien antes era considerada una norma de tipo redistributiva- económica (que miraba hacia afuera), hoy, con esta perspectiva, es una Ley que mira hacia adentro, a través de ella el Estado se transforma; no es que mediante ella el Estado gasta cuarenta mil millones de soles al año, monto que al ingresar a la economía permite el desarrollo de muchas

actividades privadas. Al referirse a la LCAE el Presidente indica que la norma facilitará los contratos y licitaciones, "para lo cual se constituye sobre el viejo CONSUCODE un nuevo Organismo Supervisor de Contrataciones permitiendo a los Gobiernos Regionales y Municipales un mayor nivel y cuantía en las decisiones definitivas"².

Desde esta perspectiva, la norma promulgada debe ser (en comparación con la derogada), mucho más ágil en el procedimiento de adjudicación, pero también, en los cuestionamientos, impugnaciones y solución de controversias que surjan en el proceso de selección y en la ejecución del Contrato. Siendo esta la primera premisa que subyace en el Paradigma esbozado por el Presidente de la República.

1.2. Los Tratados de Libre Comercio

El segundo componente del nuevo escenario jurídico está conformado por los tratados de Libre Comercio que ha suscrito recientemente el Perú, en especial los pactados con Estados Unidos, Canadá y Singapur, que contienen capítulos referidos a las compras públicas, tal como hemos indicado, el que se encuentra en curso con China no contiene referencias a las contrataciones públicas.

Estos tratados se enmarcan en la política pública de liberalización de mercados en la que se encuentra inmerso el país desde la década de los noventa; pero que además significa la relativización de la Soberanía³ por cuanto la legislación nacional debe ser concordada con la supranacional.

En este orden, atendiendo el tema del presente trabajo, corresponde analizar los términos en que los tratados citados abordan lo referente a las impugnaciones en los procedimientos de contrataciones del Estado.

1.2.1. El Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos

El artículo 9.11° del Capítulo Nueve⁴ denominado Contratación Pública del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, establece el procedimiento

2 GARCÍA PÉREZ, Alan. "Por un Perú Moderno". En: Por un Perú Moderno. Decretos Legislativos. Presentación y guía por Alan García. Edición Oficial. p. 8

3 Sobre este tema puede verse: BERGALLI, Roberto; RESTA, Eligio. "Soberanía: Un principio que se derrumba". Paidós. España, 1996. 206 pp.

4 Artículo 9.1°: Alcance y Cobertura
Aplicación del Capítulo

1. Este capítulo se aplica a cualquier medida de una Parte relativa a la contratación pública cubierta.

2. Para los efectos de este Capítulo, contratación pública cubierta significa una contratación pública de mercancías, servicios o ambos:

(a) a través de cualquier medio contractual, incluyendo la compra, el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción-operación-transferencia y contratos de concesión de obras públicas;

(b) para las cuales el valor, de acuerdo con lo estimado de conformidad con los párrafos 9 y 10, según corresponda, iguale o exceda los umbrales pertinentes del Anexo 9.1;

(c) que se lleva a cabo por una entidad contratante; y

(d) que no esté excluida de la cobertura.

para la revisión nacional de las impugnaciones de los proveedores. Al respecto, el numeral uno del artículo en mención indica como procedimiento para la solución de controversias que cada una de las partes establecerá o designará: –al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial que sea independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a la aplicación por una entidad contratante de las medidas de una Parte que implementan este capítulo y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes–.

Por lo tanto, la impugnación no puede resolverse en la Entidad. Este es un primer criterio a destacar. Un segundo aspecto destacable es el que establece la pluralidad de instancias indicando que: “Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación”.

Los numerales siguientes incorporan normas complementarias del debido proceso, como la obliga-

«El Presidente de la República estableció los parámetros de lo que deberían ser las reformas liberales que aún faltaban implementar en el Perú. En todos ellos el hilo conductor era garantizar política y jurídicamente el fomento a la inversión privada para que ésta se convierta en el motor del desarrollo del país, asumiendo el Estado un rol secundario y subsidiario»

3. Para mayor certeza, con respecto a la contratación pública de productos digitales de conformidad con lo definido en el Artículo 15.8° (Definiciones):

- (a) contratación pública cubierta incluye la adquisición de productos digitales; y
- (b) ninguna disposición del Capítulo Quince (Comercio Electrónico) impondrá obligaciones a una Parte con respecto a la contratación pública de productos digitales.

4. Este Capítulo no se aplica a:

- (a) los acuerdos no contractuales o cualquier forma de asistencia que una Parte, incluyendo una empresa gubernamental, otorgue, incluyendo donaciones, préstamos, transferencias de capital, incentivos fiscales, subsidios, garantías, y acuerdos de cooperación;
- (b) el suministro gubernamental de mercancías o servicios a personas o gobiernos del nivel regional o local;
- (c) las contrataciones con el propósito directo de proveer asistencia extranjera;
- (d) las contrataciones financiadas mediante donaciones, préstamos u otras formas de asistencia internacional, cuando la entrega de dicha ayuda esté sujeta a condiciones incompatibles con este Capítulo;
- (e) la contratación de servicios de agencias fiscales o servicios de depósito, servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reguladas, y servicios de venta y distribución para la deuda pública; o
- (f) la contratación de empleados públicos y las medidas relacionadas con el empleo.

5. Para mayor certeza, este Capítulo no se aplica a la contratación pública de servicios bancarios, financieros o especializados referidos a las siguientes actividades:

- (a) endeudamiento público; o
- (b) administración de pasivos.

6. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán sólo entre los Estados Unidos y cada una de las otras Partes de este Acuerdo. Cinco años después de que este Acuerdo entre en vigor por lo menos para los Estados Unidos y dos de las otras Partes, las Partes se consultarán a fin de revisar la aplicación de este Capítulo y determinar si debería continuar aplicándose bilateralmente.

7. Ninguna disposición de este capítulo impedirá a una Parte desarrollar nuevas políticas de contratación pública, procedimientos o medios contractuales, siempre que sean compatibles con este capítulo.

Observancia

8. Cada Parte asegurará que sus entidades contratantes cumplan con este Capítulo al realizar las contrataciones públicas cubiertas.

Valoración

9. Al estimar el valor de una contratación pública con el propósito de determinar si se trata de una contratación pública cubierta, una entidad contratante:

- (a) no deberá dividir una contratación pública en contrataciones públicas separadas, ni utilizar un método en particular para estimar el valor de la contratación pública con el propósito de evadir la aplicación de este Capítulo;
- (b) deberá tomar en cuenta toda forma de remuneración, incluyendo las primas, cuotas, comisiones, intereses, demás flujos de ingresos que podrían estipularse bajo un contrato y, cuando la contratación pública estipule la posibilidad de cláusulas de opción, el valor máximo total de la contratación pública, inclusive las compras opcionales; y
- (c) deberá, cuando la contratación pública haya de realizarse en múltiples partes, y traiga como resultado la adjudicación de contratos al mismo tiempo o en un período dado a uno o más proveedores, basar su cálculo en el valor máximo total de la contratación pública durante todo el período de su vigencia.

10. Cuando se desconoce el valor máximo total estimado de una contratación pública a lo largo de su período completo de duración, esa contratación pública estará cubierta por este Capítulo.

ción de las partes de garantizar que la revisión no implique un riesgo para los participantes en futuros procesos; la implementación de medidas cautelares; la publicidad de los procedimientos de revisión; y la fijación de plazos ciertos en el procedimientos de revisión.

1.2.2. El Tratado de Libre Comercio con Canadá

El Tratado de Libre Comercio con Canadá es similar (en este extremo) al suscrito con los Estados Unidos. Así, de los artículos 1401° al 1417° del Capítulo Catorce abordan los aspectos referentes a la Contratación Pública, destacando entre ellos el artículo 1412°, que establece los procedimientos nacionales de revisión⁵, los mismos que son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades del Sector Público peruano y canadiense.

En atención a ello, seguidamente sistematizaremos algunas de las disposiciones establecidas en el artículo en mención. Así, tenemos que el numeral uno establece como obligación que las entidades de ambos países deberán considerar “de manera oportuna e imparcial” los reclamos que puedan presentar los proveedores, disponiendo que cada

una de las partes “alentará a sus proveedores a buscar clarificación de sus entidades a través de consultas con miras a facilitar la resolución de cualquiera de tales reclamos”; el numeral dos se refiere al procedimiento para tramitar las impugnaciones indicando que cada país “establecerá o designará al menos una autoridad administrativa o judicial imparcial, independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar una impugnación presentada por proveedores”, desde esta perspectiva estos recursos impugnativos no deberían comenzar y agotarse en la Entidad convocante; el numeral tres complementa lo dispuesto en el numeral anterior disponiendo respecto de la impugnación formulada que las entidades establecerán procedimientos escritos de público conocimiento, los que además deberán ser “oportunos, efectivos, transparentes y no discriminatorios”.

1.2.3. El Tratado de Libre Comercio con Singapur

En el mismo sentido que los anteriores, el Tratado de Libre Comercio con Singapur cuenta con un Capítulo referido a la Contratación Pública, en cuyo artículo 9.19°⁶ regula los procedimientos de impugnación con pautas similares a los establecidos en

5 Artículo 1412°: Procedimientos Nacionales de Revisión

1. Cada Parte se asegurará que sus entidades consideren de manera imparcial y oportuna cualquier reclamo que tengan sus proveedores con respecto a una alegación de incumplimiento de las medidas que implementen este Capítulo que surjan en el contexto de una contratación pública cubierta por este Capítulo en la que tengan o hayan tenido interés. Cada Parte alentará a sus proveedores a buscar clarificación de sus entidades a través de consultas con miras a facilitar la resolución de cualquiera de tales reclamos.

2. Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad administrativa o judicial imparcial, independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar una impugnación presentada por proveedores (“impugnación”) surgida dentro de una contratación pública cubierta por este Capítulo, en la que el proveedor tenga o haya tenido un interés.

3. Cada Parte asegurará de que cualquier autoridad que se establezca o designe bajo el párrafo 2, cuente con procedimientos escritos que estén normalmente a disposición del público. Tales procedimientos serán oportunos, efectivos, transparentes y no discriminatorios y dispondrán que:

(a) la entidad contratante responderá por escrito la impugnación y dará a conocer todos los documentos pertinentes al órgano de revisión;

(b) los participantes en la impugnación:

(i) tendrán derecho a ser oídos antes de que el órgano de revisión se pronuncie sobre la impugnación,

(ii) tendrán el derecho a ser representados y estar acompañados,

(iii) tendrán acceso a todos los procedimientos de la impugnación, y

(iv) tendrán derecho a solicitar que los procedimientos sean públicos y que pueda presentarse testigos; y

(c) las decisiones o recomendaciones relativas a los recursos que se interpongan, serán dadas por escrito y oportunamente, e incluirán una explicación del fundamento de cada decisión o recomendación.

4. A cada proveedor se le concederá un período de tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación, el cual en ningún caso será inferior a 10 días contados a partir del momento en que el proveedor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación o en que razonablemente debería haber tenido conocimiento.

5. Cada Parte dispondrá que la autoridad establecida o designada bajo el párrafo 2 pueda adoptar medidas provisionales oportunas para preservar la oportunidad del proveedor de participar en la contratación pública. Tales medidas podrán resultar en la suspensión del proceso de contratación pública. Los procedimientos podrán prever la posibilidad de que, al decidir si deberán aplicarse esas medidas, se tenga en cuenta las consecuencias desfavorables para los intereses afectados, incluido el interés público.

6. Cada Parte se asegurará que la presentación de una impugnación por un proveedor no perjudique su participación en procedimientos de contratación pública en curso o futuros.

7. Cuando una entidad distinta de la autoridad a la que se refiere el párrafo 2 inicialmente revise una impugnación, la Parte se asegurará que el proveedor pueda apelar la decisión inicial ante una autoridad imparcial administrativa o judicial que sea independiente de la entidad contratante cuya contratación pública sea objeto de la impugnación.

6 Artículo 9.19°: Procedimientos de Impugnación

1. En caso exista un reclamo por parte del proveedor de una Parte en el sentido de que ha habido algún incumplimiento de este Capítulo en el contexto de una contratación pública de la otra Parte, esa Parte podrá alentar al proveedor a primero buscar una solución de su reclamo a través de consultas con la entidad contratante de la otra Parte.

2. Cada Parte proporcionará a los proveedores de la otra Parte procedimientos no discriminatorios, oportunos, transparentes y efectivos, para impugnar los incumplimientos alegados de este Capítulo que surjan en el contexto de contrataciones públicas en las cuales tengan o hayan tenido un interés.

los tratados de libre comercio con Estados Unidos y Canadá. Así, plantea como primer paso la Consulta para resolver el reclamo⁷, luego plantea la transparencia y publicidad del procedimiento, indicando después que las impugnaciones “serán escuchadas por una corte o por un órgano independiente de revisión que no posea ningún interés en el resultado de una contratación pública, y cuyos miembros se encuentren protegidos frente a influencias exteriores durante todo el período de su mandato”.

En síntesis, los tratados aludidos nos plantean la siguiente condición: Los procedimientos impugnativos que establezcan las partes deben caracterizarse por el establecimiento de la pluralidad de instancias y las garantías del debido proceso, cuidando que el órgano que resuelve no tenga interés en lo que constituye objeto de la impugnación, que los procedimientos sean transparentes y predeterminados.

Por lo tanto, una segunda premisa vinculada a la anterior, es que los procedimientos impugnativos en las contrataciones públicas en una economía de Libre Mercado, y de implementación de tratados de Libre Comercio, debe caracterizarse por el establecimiento de la pluralidad de instancias e independencia del Órgano encargado de resolver la impugnación.

II. DEL OBJETO Y LOS SUJETOS JURÍDICOS EN LAS CONSULTAS, OBSERVACIONES E IMPUGNACIONES

Establecido el nuevo escenario de las contrataciones públicas en el país, corresponde determinar el marco doctrinario que informa a la legislación que será objeto de análisis. Asumiendo que estamos ante un procedimiento administrativo lo que corresponde establecer inicialmente es cómo se origina el mismo, la formación de la voluntad administrativa y cuál es el derecho de sus actores, lo que comprende la precisión del interés legítimo y del derecho subjetivo.

II.1. La formación de la voluntad de la Administración y el procedimiento administrativo de contratación

La formación de la voluntad administrativa se inicia

a partir del requerimiento del área usuaria y de la precisión de lo que será objeto de adquisición o contratación, después de lo cual corresponde la programación respectiva, la formulación de las Bases, la Convocatoria, la presentación de ofertas, la selección y finalmente la adjudicación u otorgamiento de la Buena Pro; procedimiento que se realiza con el objetivo de atender el interés general.

De este modo, la formación de la voluntad de la Administración no se configura en un solo acto, sino que es producto de la ejecución de una serie de etapas preclusivas, que implican una relación dialéctica, ya que lejos de ser un procedimiento unilineal y acumulativo se constituye en uno contradictorio por cuanto puede ser afectado por las consultas, observaciones e impugnaciones que pueden terminar modificando lo inicialmente establecido por la Entidad.

Los extremos de la relación están constituidos por la Entidad, los participantes y postores⁸. La articulación entre ambos se produce a partir de la Convocatoria, que se da cuando concluye la fase interna de la Entidad y se inicia la fase externa, y de la decisión de la persona natural o jurídica de participar en el proceso de selección, vinculación que tiene implicancias jurídicas por cuanto genera derechos y deberes para cada una de ellos.

Si la Administración actúa para atender al interés general, el participante y/o postor, lo hace en función de su afán de lucro, encontrándose ambas racionalidades en el procedimiento administrativo de contratación que es el espacio donde busca materializarse la ecuación “prerrogativa-garantía”, protegiendo en su desenvolvimiento “tanto el ejercicio de las prerrogativas públicas como el de las garantías individuales” articulando “el ejercicio de las distintas prerrogativas al mismo tiempo que el de los derechos y libertades públicas”⁹.

En la realización del procedimiento de contratación o proceso de selección tenemos actos separables que pueden ser de diversas condiciones. Puede tratarse de actos administrativos (convocatoria), de hechos administrativos (apertura de propuestas), de

3. Cada Parte proporcionará procedimientos de impugnación por escrito y los hará disponibles al público.

4. Las impugnaciones serán escuchadas por una corte o por un órgano independiente de revisión que no posea ningún interés en el resultado de una contratación pública, y cuyos miembros se encuentren protegidos frente a influencias exteriores durante todo el período de su mandato.

5. La responsabilidad total de una Parte con respecto a cualquier violación de este Capítulo, o por compensación por daños y perjuicios sufridos, se encontrará limitada a los costos razonables incurridos por el proveedor con motivo de su participación en un procedimiento de contratación pública.

7 Numeral 1.

8 Son las condiciones jurídicas que alcanza uno de los extremos de la relación según la etapa en que se encuentre el proceso de selección. Se distinguen dos condiciones jurídicas: la de Participante y la de Postor. Participante es el proveedor “que puede intervenir en el proceso de selección, por haber sido habilitado por la entidad convocante, ya sea por haber cancelado el derecho correspondiente (adquisición de bases) o por haber sido invitado en forma expresa, según sea el caso”; Postor es la “persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta”.

9 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Manual de Procedimiento Administrativo”. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 2000. 660 pp. p. 75.

naturaleza reglamentaria (bases); actos de administración (recepción de ofertas) y actos y hechos jurídicos privados (que son los que realiza inicialmente el participante convertido luego en postor)¹⁰.

Al tener el proceso de selección la condición de procedimiento administrativo (medio a través del cual la Administración ejecuta su actuación y realiza sus fines) es ella quien decide respecto de cualquier consulta, observación o impugnación que pudieran presentar los administrados (participantes o postores).

Tal como hemos indicado, en el otro extremo de la relación se encuentra el participante o postor, en términos generales "administrado", quien además de poseer el derecho subjetivo por haberse registrado como participante y actuar como postor en el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, se constituye también en parte interesada, ya que es actor del procedimiento y lo que se resuelva en él lo afectará directamente.

Al estar regulada la totalidad del procedimiento de contratación o proceso de selección, a medida que se van ejecutando las distintas etapas de estos se van configurando diferentes derechos subjetivos para los participantes o postores. En principio, todo aquel que participa en un proceso de selección tiene el derecho subjetivo a ser evaluado, a competir, pero no a ser adjudicado, ese es su interés.

El participante o postor es el titular del interés legítimo, por cuanto los distintos actos que puedan realizarse en las diferentes fases del procedimiento pueden reportarle "un beneficio, bien porque éste derive positivamente o derive negativamente al hacer desaparecer el perjuicio"¹¹, esta situación implica la ampliación de la definición ya que no estamos ante una persona sino ante un grupo de personas que pueden tener la misma condición jurídica. En este sentido el interés legítimo se produce cuando existe una "conurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial por tener un interés personal y directo en la impugnación del acto"¹², por lo que el interés termina perteneciendo a un círculo definido y limitado de individuos.

Tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo generan en los administrados el derecho de exigir

a la Entidad el cumplimiento de la normativa, la misma que debe estar plasmada en las Bases. Las consultas, observaciones y en esencia, las impugnaciones, se hacen porque las Bases no cumplen con la normativa, o porque la decisión no se adecua a lo establecido en ellas. Por lo tanto, para poder abordar la temática que nos concita debemos previamente definir que son las Bases.

III. LAS BASES

El origen y materialización de las Bases exteriorizan un procedimiento interno de la Entidad que comenzó por el requerimiento del área usuaria, siguió a la Dependencia Encargada y terminó en el Comité Especial, quien con la información alcanzada por estas áreas procedió a formularlas teniendo en cuenta las Bases Estandarizadas, para luego remitirlas a la autoridad correspondiente para su aprobación.

Las Bases o Pliego de Condiciones¹³, realizan el Principio de Legalidad en las contrataciones públicas, por lo que constituyen el fundamento jurídico del proceso de selección. El objetivo de éstas no es sólo brindar seguridad jurídica a las partes intervinientes, Administración, participantes, postores y luego contratistas, sino a la sociedad toda, por cuanto a través de ella se comunica lo que será objeto de contratación o adquisición, el probable costo y los términos del Contrato. Al ser el fundamento jurídico del procedimiento de selección, sin ellas la Entidad no puede convocar a los participantes, ni estos formar parte del proceso de selección.

Pero, ¿qué son las Bases? Las Bases exteriorizan la voluntad de la Entidad¹⁴. Se definen como el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por la Entidad convocante "especifican el suministro, la obra o el servicio que se licita (objeto), las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista (relación jurídica) y las condiciones a seguir en la preparación y la ejecución del contrato (procedimiento)"¹⁵, debiendo estar enmarcadas todas estas disposiciones en la legalidad vigente, por lo que no puede incluir cláusulas ilegales¹⁶.

La sujeción a la legalidad vigente y la determinación precisa del objeto de convocatoria y de sus características técnicas, "proporciona a los interesados

10 DROMI, Roberto. "Licitación Pública". 2da. Edición actualizada. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995. p. 169.

11 GONZÁLES PEREZ, Jesús. "Manual de Procedimiento Administrativo". Ibid. p. 159.

12 DROMI, Roberto. "Licitación Pública", p.191

13 La Ley N° 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de España, la Ley N° 1150 de 2007 de Colombia, y la Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Servicios y Obras de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional utilizan la categoría Pliego de Condiciones; la Ley N° 19886 de Chile utiliza el término Bases. En Doctrina, autores como Roberto DROMI o Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA utilizan el término Pliego de Condiciones.

14 Ver: Resolución N° 646/2004.TC-SU.

15 DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Décima Edición. p. 512. Definición similar la brinda el mismo autor en "La Licitación Pública". Ibid. p. 245.

16 DROMI Roberto, "Licitación Pública". Ibid. p. 246.

un conocimiento exacto de las características del bien licitado, para que puedan saber con seguridad las alternativas existentes para sus ofertas"¹⁷, en caso contrario estaremos ante Bases confusas o carentes de precisión o contradictorias con la legalidad vigente.

Asimismo, por el lado procedimental, en las Bases se regulan todos los actos del proceso de selección, los plazos y las formalidades, determinándose "los derechos y deberes que podrán ejercer los oferentes y los órganos administrativos durante su transcurso"¹⁸. En este orden, la Administración tiene la obligación de formular Bases que tengan la cualidad de carácter general, impersonal y que aseguren un trato justo e igualitario; tiene también el derecho a rechazar las ofertas por no ajustarse a lo requerido en ellas; por otro lado, el participante tiene el derecho subjetivo de ser admitido en el proceso de selección¹⁹, y a cuestionar las Bases cuando no se ajusten o atenten contra la libre competencia, igualdad, trato justo e igualitario o contravengan la legalidad vigente²⁰. Ambos extremos de la relación tienen la obligación de cumplir con las prescripciones establecidas en ella.

III.1. El cuestionamiento a las Bases. Las Consultas y las Observaciones

Las Bases no se cuestionan a través del recurso de Apelación²¹. Al respecto, la normativa ha establecido un procedimiento Ad-hoc para cuestionarlas en la medida que hayan vulnerado la legislación sobre contrataciones del Estado, el mismo que prescinde de los recursos administrativos. La razón de tal decisión es que las Bases no comparten la misma naturaleza jurídica que los actos administrativos, sino que su naturaleza jurídica es de índole reglamentaria.

Desde esta perspectiva se plantea que el cuestionamiento a las Bases tiene dos fases, la primera está constituida por las Consultas, y la segunda por las Observaciones, constituyendo ambas distintas etapas del proceso de selección, las que tienen por finalidad que las Bases "contengan disposiciones y exigencias que resulten claras, precisas y objetivas, evitando de esta manera apreciaciones o interpretaciones antojadizas y subjetivas por parte de los postores y el propio órgano colegiado, las mismas

que no contribuyen a que el Estado pueda optar o elegir la oferta que le resulte más conveniente en términos técnicos y económicos"²².

Las Consultas y las Observaciones constituyen un elemento fundamental en los procesos de contrataciones del Estado, y a decir de FIORINI es el derecho a impugnar "*ab initio*" los pliegos confusos o erróneos, posee un sólido fundamento jurídico y su ejercicio de ningún modo puede considerarse una "petición perturbadora, ni tampoco desestimarse con el argumento de que los administrados carecen de interés legítimo en formular observaciones a los pliegos, si previamente no presentan ofertas. El derecho a la amplia información de las aclaraciones, modificaciones o rectificaciones, configura una garantía del correcto proceder durante la selección"²³.

III.1.1. La Consulta

La definición expuesta en el punto precedente es concordante con la establecida en los anexos del Reglamento de la LCE donde se precisa que se trata de la Consulta sobre las Bases estableciendo que es la solicitud "de aclaración o pedido formulada por los participantes en un proceso, referido al alcance y/o contenido de cualquier aspecto de las Bases". Esta definición comprende dos variables, Aclaración y Solicitud, por lo que corresponde tener la precisión conceptual respecto de cada una de ellas. La Aclaración es definida como el "apartamiento o supresión de lo que impide la claridad o transparencia, explicación, interpretación o detalle complementario que permite la mejor comprensión..."²⁴, mientras que Solicitud es la "pretensión o petición por escrito"²⁵.

Por su parte, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante el Tribunal, ha establecido que a través de las Consultas: "los participantes podrán solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases o plantear solicitudes respecto de ellas, siendo que el Comité Especial publicará a través del SEACE la absolución de las consultas, mediante un pliego absolutorio, debidamente fundamentado. Las respuestas a las consultas se consideran como parte integrante de las Bases y del contrato"²⁶. Esta ampliación de la definición hecha por el Tribunal, involucra algunas

17 DROMI Roberto, "Licitación Pública". Ibid. p. 248.

18 DROMI Roberto. "Licitación Pública". Ibid. p. 251.

19 DIEZ, Manuel María. "Derecho Administrativo". 2da. Edición. Editorial Plus Ultra. Bs. As., 1979. Tomo III. p. 122.

20 DROMI, Roberto. "Licitación Pública". Ibid. p. 262 - 264.

21 "...cuando los postores impugnen las Bases y/o su integración, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado deberá declarar improcedente el recurso de apelación presentado". Resolución N° 1897.2007/TC-S2. Resolución N° 1726-2008-TC-S2.

22 Resolución N° 1144/2007.TC-S4

23 FIORINI, Bartolomé. "Derecho Administrativo". Buenos Aires, Segunda Edición. Abeledo Perrot. Tomo I. p. 639.

24 CABANELAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1989. Tomo I. p. 105.

25 CABANELAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1989. Tomo VII. p. 502.

26 Ver: Resolución N° 1144/2007.TC-S4.

obligaciones para el Órgano encargado de absolver las Consultas, el Comité Especial, como son la publicidad de las respuestas y la sustentación de las mismas. Al respecto en la Resolución N° 144/2007.TC-S4 se estableció que el incumplimiento infundado e injustificado de la obligación de absolver las Consultas constituye la vulneración de los principios de Legalidad y Transparencia.

Otro aspecto relevante de la definición glosada, es que las Consultas pasan a formar parte de las Bases en la etapa de integración, lo que constituye una modificación de estas en función de los términos de la absolución de las Consultas, lo que contrario *sensu* significa que al no haber Consultas, ni Observaciones, el Comité Especial no podrá modificar las Bases, quedándose como están las originalmente presentadas²⁷. Asimismo, se ha establecido que la absolución de Consultas y su integración a las Bases no puede significar la desnaturalización de estas, tal como indicó el Tribunal en la Resolución N° 727/2005.TC-SU donde precisó que: “queda claro que las respuestas que se proporcionen en la etapa de consultas en modo alguno pueden desnaturalizar el objetivo de la convocatoria, ni su congruencia con los requisitos o condiciones establecidas en las Bases o en la normativa de la materia (...) las precisiones que efectúe el Comité Especial no deben resultar desproporcionadas ni incongruentes con el objeto de la convocatoria, más aún teniéndose en cuenta las condiciones que rodean el acto de aprobación de las Bases y el rol esencialmente executor que corresponde a dicho Comité Especial; en todo caso, entre dos o más interpretaciones, debe optarse por aquella que sea coherente con el objeto del proceso y los principios que rigen la contratación pública, así como con el conjunto de respuestas efectuadas por el Comité Especial (...) no debe confundirse el texto de la consulta con el sentido de la respuesta brindada por el Comité Especial”.

Lo expuesto nos permite concluir que las Consultas no son solamente un trámite de aclaración, sino que en su desarrollo se articulan al procedimiento de contratación, estableciendo parámetros de conducta procedimental para la Administración.

III.1.2. Las Observaciones

A diferencia de lo hecho con las Consultas, el RLCE no define a las Observaciones, pero de lo establecido en la LCE se puede concluir que estas no tienen

«La formación de la voluntad de la Administración no se configura en un solo acto, sino que es producto de la ejecución de una serie de etapas preclusivas, que implican una relación dialéctica, ya que lejos de ser un procedimiento unilineal y acumulativo se constituye en uno contradictorio por cuanto puede ser afectado por las consultas, observaciones e impugnaciones que pueden terminar modificando lo inicialmente establecido por la Entidad»

por objeto la Aclaración, sino el cuestionamiento de las Bases por incumplimiento de la normativa de contrataciones o de cualquier otra norma vinculada a ella. Desde esta perspectiva, las Observaciones requieren una mayor rigurosidad jurídica tanto en la formulación como en su absolución, y al igual que en las Consultas, el acogimiento o rechazo de estas debe estar debidamente fundamentado.

Las Observaciones tienen como fundamento jurídico-procesal, en lo sustancial, el mantenimiento de la doble instancia y la necesidad de brindar seguridad jurídica a los participantes en los procesos de selección. Asimismo, la decisión que respecto de ellas adopte es irrevisable²⁸, manteniendo su vigencia cuando como consecuencia de haber declarado desierto dos veces un proceso de selección se recurre al procedimiento de Adjudicación de Menor Cuantía²⁹.

27 Al respecto revítese la Resolución N° 2026-2007-TC-S1.

28 En la Resolución N° 1446/2007.TC-S4 el Tribunal indicó que: “Sea que el Comité Especial haya acogido la Observación o que el CONSUCODE hubiese o no emitido un Pronunciamiento sobre las observaciones formuladas, lo cierto es que en ningún caso el Comité Especial adopta una nueva decisión pues, en la primera hipótesis, su voluntad ya ha sido manifestada al absolver las consultas u observaciones, mientras que en la segunda tan sólo debe limitarse a cumplir con lo que ha decidido el CONSUCODE en el respectivo Pronunciamiento”.

29 «Si bien es cierto que el actual proceso de selección (Menor Cuantía) es de distinta clase del que proviene (Licitación Pública) debe reconocerse que simplemente se cambió de clase porque quedó desierto en dos oportunidades y corresponde dar agilidad a la adquisición. Por tanto, los criterios desarrollados en las absoluciones de consultas y observaciones son válidos, en lo que resultare aplicable al actual proceso de selección». Resolución N° 1169/2006.TC-SU.

Concluida la fase de cuestionamiento de las Bases, se abre la de interposición de los recursos impugnativos, más compleja en cuanto al procedimiento y derechos.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LOS RECURSOS IMPUGNATIVOS

El Conflicto Administrativo es externo al individuo y, a diferencia de otros, se plantea en el marco de la compleja relación Estado – Sociedad – Individuo, donde, por una parte, el Estado desenvuelve su racionalidad³⁰, como exteriorización de la Soberanía³¹, a través del sistema institucional o administrativo, y por la otra, aparece el individuo en ejercicio de su libertad³²; constituyéndose así los dos aspectos de la contradicción que han marcado la dinámica de la dialéctica social.

En esta relación, el Estado actúa investido de autoridad, prerrogativas, potestades, derechos, pero también de obligaciones. La Libertad se desenvuelve planteando limitaciones a la actividad estatal en la que el individuo asume derechos frente al Estado y sus congéneres, contexto en el que surgen los denominados derechos públicos subjetivos, que son la facultad de poder exigir al Estado el cumplimiento de dar, hacer o no hacer algo. En esta articulación entre administración y administrado (partes de una relación jurídica bilateral), ambos son titulares de derechos y deberes. Así, la articulación establecida entre Administración y Administrado deviene en la capacidad de las partes para exigir el cumplimiento de determinada prestación u obligación, la que puede ser de dar, hacer o no hacer.

En este contexto, las controversias que se puedan presentar cotidianamente en la referida relación, se resuelven mediante el denominado procedi-

miento administrativo por cuanto “El equilibrio real “Autoridad-Libertad” exige una herramienta procesal idónea que garantice la tutela de los principios políticos y jurídicos del Estado de Derecho. La tutela sustantiva de los derechos públicos subjetivos del Estado (prerrogativas) y de los administrados (garantías) se arbitra formalmente a través de técnicas procesales administrativas y judiciales”³³. Así, el procedimiento administrativo se constituye en un instrumento de gobierno que articula, regula y habilita el ejercicio de las distintas prerrogativas estatales compatibilizándola, en su ejercicio, con los derechos y libertades de los individuos, en la perspectiva de solucionar los conflictos que en dicha relación puedan surgir³⁴.

El Procedimiento Administrativo en mención se sustenta, en el ámbito doctrinario y legal, en principios de orden sustancial y formal³⁵. Los principios sustanciales son: El de legalidad, que se encuentra conformado por la concurrencia de los siguientes cuatro factores: delimitación de su aplicación (reserva legal); ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la Ley; determinación de normas aplicables al caso concreto y precisión de los poderes que la norma confiere a la administración; así como por la articulación de los principios de normatividad jurídica; jerarquía normativa; igualdad jurídica; razonabilidad y control judicial. El de defensa, que comprende a los derechos de ser oído; de ofrecer y producir pruebas; a una decisión fundada y a impugnar la decisión.

Los principios formales que se sustentan en aspectos técnicos son los siguientes: el de oficialidad, por el que la autoridad impulsa y dirige el procedimiento; el informalismo, mediante el cual se excusa, a favor del interesado, las exigencias formales no esenciales y que puedan subsanarse posteriormente; y, el de

30 Sobre la definición de Racionalidad, ver: WEBER, Max. “Economía y Sociedad”, cit.; HABERMAS, Jürgen: “Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social”. Taurus. Madrid, 1988.

31 La Soberanía constituye el eje del accionar de la Razón de Estado, su evolución en el tiempo se ha dado en la misma medida que se transformó el Estado, el pensamiento político y el conflicto por el poder y es definida como: “la cualidad de una unidad territorial de decisión y acción, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, en los casos de necesidad, aún en contra del derecho” (HELLER, Herman. La Soberanía. Fondo de Cultura Económica. México, 1995. p. 29).

32 BORDEAU define la Libertad como: “La facultad que todo hombre lleva en sí de obrar según su propia determinación, sin tener que sufrir otras limitaciones que las necesarias para la libertad de los demás(...) responde(...) a una concepción del hombre fundamentalmente única: la de un individuo que es al mismo tiempo fuente de sus derechos y fin de todas las instituciones políticas y sociales(...) combina tres aspectos estrechamente complementarios: la autonomía individual, la propiedad, la seguridad” (BORDEAU, Georges. “El Liberalismo Político”. Editorial Universitaria, Buenos Aires. 1983. p. 167)

33 DROMI, Roberto. “El Procedimiento Administrativo”. Ibid. p. 24.

34 Sobre la argumentación del impugnante y la validez de los dichos del postor impugnado, debe tenerse presente lo indicado en la Resolución N° 045/2006.TC-SU donde el Tribunal estableció que “Este colegiado tiene en cuenta para resolver el presente caso el criterio de que la resolución de las controversias no solamente debe considerar la necesidad de que los mecanismos formales se respeten, sino que la interpretación de la voluntad de las partes debe efectuarse teniendo en cuenta, en caso de duda, la expresión del propio sujeto a quien se le atribuye la declaración. Por ello, en este caso, pese a que de acuerdo con la lógica utilizada por el consorcio que obtuvo la buena pro para mostrar las cifras en el formato respectivo el flete unitario incluía el IGV, si se acoge la pretensión del impugnante de que el cuadro se interprete de acuerdo con su criterio, soslayando la manifestación de voluntad del propio declarante, el resultado de ello es que se incrementa el monto de la oferta económica en cerca de seiscientos mil nuevos soles, porque a un precio unitario que ya considera el IGV se le vuelve a sumar nuevamente el 19% por concepto de dicho tributo, con lo que se llega a una cifra que no es la que ha sido ofertada, según propia declaración del postor adjudicatario de la buena pro”.

35 Ver. DROMI, Roberto. “El Procedimiento Administrativo”. Ibid. p. 60-79.

eficacia, cuyo objetivo es hacer más eficiente la actuación administrativa y la participación de los administrados.

Este es el escenario de los recursos impugnativos en la vía administrativa. El recurso administrativo está constituido por el acto de impugnación de un acto administrativo³⁶. Se definen como los “actos de impugnación, o contestación de un acto administrativo anterior basado en el derecho de contradicción administrativa, y que se dirige a la autoridad gubernativa con el objeto que analice y determine si existe agravio en contra del recurrente y, en su caso dicte una nueva decisión sobre el expediente”³⁷. Desde la perspectiva del artículo 206° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG -, los recursos impugnativos constituyen los “remedios procesales contra los actos administrativos que se supone violan, desconocen o lesionan un derecho o interés legítimo de los administrados y que, en el caso particular del procedimiento de selección para determinar al co-contratante de la Administración, son promovidos contra las decisiones de los órganos que intervienen en el mismo”³⁸.

La viabilidad o procedencia de la pretensión o pretensiones del impugnante, que tienen como objetivo el modificar la condición jurídica determinada por la decisión de la Administración, se encuentra condicionada por el hecho de que la contradicción comprenda al acto o actos que lo agraven³⁹, la precisión y naturaleza jurídica de los mismos por cuanto permitirá delimitar el alcance del pronunciamiento⁴⁰; y, además, la existencia de conexión lógica entre los hechos que se exponen en el recurso impugnativo y la pretensión en él consignada “el cual consiste en que quien efectúa la impugnación

debe alegar un interés legítimo o afectación directa a un derecho subjetivo”⁴¹.

El artículo 207° de la LPAG establece que los recursos administrativos están conformados por el recurso de reconsideración, el recurso de apelación y el recurso de revisión, siendo materia de interés de este trabajo el recurso de Apelación, respecto del cual el artículo 209° de la LPAG indica que se interpondrá “cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico”, disposición general que se mediatiza cuando se trata de un Procedimiento Especial.

El origen y existencia del Procedimiento Especial se vincula a la dinámica y complejidad de la Administración pública, la que se caracteriza por tener una pluralidad de procedimientos administrativos⁴², donde existen algunos que requieren una tramitación distinta de la general⁴³, y en el que participa más de un administrado, teniendo la condición jurídica de procedimiento trilateral. En este tipo de procedimiento trilateral, “la Administración aparece decidiendo un conflicto de intereses entre dos o más sujetos de un conflicto jurídico-procesal de Derecho administrativo. No sólo se trata que en vez de un administrado frente al Estado, converjan dos o más, sino que entre ellos preexista un conflicto de interés, pretensiones recíprocas y una entidad pública con competencia para dirimirlos, sin convertirse en sujeto procesal”⁴⁴. Para mayor precisión, el artículo 219° del la LPAG establece que el procedimiento trilateral “es el procedimiento administrativo conten-

36 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Manual del Procedimiento Administrativo”. Ibid. Capítulo Cuarto.

37 MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Ley del Procedimiento Administrativo General”. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Lima, 2003. p. 443.

38 Resolución N° 1445/2007.TC-S4.

39 “(...) el sistema de impugnaciones que el ordenamiento legal contempla está diseñado para la protección de afectaciones concretas y directas a los derechos de los postores en un proceso de selección que constituyan una situación objetiva que amerite una acción en este sentido.” Resolución N° 2161-2007.TC-S2.

40 Resolución N° 2161-2007.TC-S2.

41 “(...) se debe alegar un agravio directo, específico y personalizado. En esta línea argumental, la falta de conexión lógica referida está referida a la relación objetiva entre el petitorio (que se revoque la buena pro y se le otorgue al impugnante) objeto del recurso de apelación y, los hechos expuestos en su recurso de apelación como argumentos para amparar su petitorio (también llamado en doctrina causa petendi) y que de los mismos se verifiquen su derecho afectado de manera directa. Entonces, se requiere la constatación de una situación objetiva que implique la lesión de un derecho de manera efectiva y directa que configure un conflicto de relevancia jurídica respecto del bien que se pretende proteger”. Resolución N° 2161-2007.TC-S2.

42 “No hay un procedimiento general, sino varios, una pluralidad de procedimientos formalizados que, en ocasiones, y para ciertos supuestos, pueden admitir específicas desviaciones o diferenciaciones en la realización de uno o varios trámites, desviaciones que pueden a veces ser tan importantes que alteren la íntima estructura del procedimiento formalizado utilizables normalmente para el cumplimiento de una determinada finalidad administrativa, en cuyo caso, y sólo entonces, se podrá hablar de procedimiento especial, pues de lo contrario – y es lo que ocurre casi siempre- estaremos en presencia de una simple especialidad procesal y no de un verdadero y propio procedimiento especial”. GONZALES NAVARRO, Francisco. “Procedimiento Administrativo Común, Procedimientos Triangulares y Procedimientos Complejos”. En: Administración y Constitución. Estudios en homenaje al profesor MESA NOLES. Servicio Central de Publicaciones. Presidencia del Gobierno. Madrid, 1982. p. 354. Citado por: MARTIN TIRADO, Richard. “El Procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. ARA Editores. Lima, julio de 2003. p. 465.

43 GONZALES NAVARRO, Francisco. En: “Procedimientos administrativos especiales”, v.1, Estudio Preliminar. Escuela Nacional de Administración Pública. Madrid, 1967. Pág. 18. Citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Ley del Procedimiento Administrativo General”. Ibid. p. 487.

44 MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Ley del Procedimiento Administrativo General”. Ibid. p. 490.

cioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración”.

En el caso de la normativa de contrataciones del Estado, el procedimiento que sigue el recurso impugnativo de Apelación es de naturaleza trilateral⁴⁵.

V. DE LAS CONSULTA, LAS OBSERVACIONES Y LA APELACIÓN EN LA NUEVA LCAE Y SU REGLAMENTO. DEL JUEZ Y PARTE

Establecido el marco contextual, así como también el doctrinario y el procedimental general, corresponde analizar el trámite que la LCE y su Reglamento han establecido para las Consultas, las Observaciones y el recurso de Apelación, análisis que será de índole exegético. Siguiendo el orden precedentemente expuesto, comenzaremos por las dos primeras, para finalizar en el recurso de Apelación.

V.1. Las Consultas y Observaciones

El artículo 28° de la LCE ratifica la definición de Consultas y Observaciones que se tenían en la norma derogada⁴⁶, pero además fija el procedimiento general para tramitar las mismas, el que difiere del establecido anteriormente.

V.1.1. El Procedimiento General

En el procedimiento se plantea inicialmente la obligación de que en el cronograma del proceso de selección se establezca un plazo cierto para la presentación y absolución fundamentada de las consultas y observaciones⁴⁷ y la comunicación a los participantes en forma oportuna y simultánea a través del SEACE. En este orden, se mantiene vigente el criterio del Tribunal en el sentido de que si la norma y las Bases han fijado un plazo determinado para efectuar dicha actividad, el Comité Especial no podrá fijar un plazo distinto o un único día para absolver las Consultas y Observaciones⁴⁸.

El trámite inicial sigue siendo el mismo. Ambas, las Consultas y Observaciones, se presentan ante el Comité Especial y son evaluadas por éste órgano. En el caso de las Consultas el procedimiento es el mismo, son absueltas por el Comité Especial, situación que no se mantiene completamente cuando se trata de Observaciones que no son acogidas.

Cuando el Comité Especial acoge la Observación, el procedimiento concluye, y se continúa con la integración de las Bases; pero en el caso de no acogimiento se produce la diferenciación respecto del trámite subsiguiente en función del monto establecido como Valor Referencial. Así, si el Valor Referencial es superior a 300 Unidades Impositivas Tributarias, el Comité Especial, previo pedido de cualquiera de los participantes, deberá elevar la Observación no acogida al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE –, a fin de que emita el Pronunciamiento respectivo; pero cuando se trate de un Valor Referencial inferior a las 300 UITs, quien deberá emitir el Pronunciamiento en última instancia será el Titular de la Entidad (esto es lo nuevo y preocupante).

V.1.2. El desenvolvimiento de las Consultas en los procesos de selección clásicos

El artículo 54° del RLCE agrega a la finalidad de las Consultas establecida en el artículo 28° de la LCE, el criterio de que a través de ellas los participantes puedan, además, plantear solicitudes respecto de las Bases, con lo que trasciende al inicial uso de medio de Aclaración de estas, abriendo la posibilidad al participante de plantear pedidos de mayor alcance respecto de las Bases.

El artículo en mención establece como obligación del Comité Especial que éste, al momento de absolver las Consultas, lo deberá hacer a través de un Pliego Absolutorio el mismo que deberá cumplir con los requisitos siguientes: Estar debidamente fundamentado, contener la identificación de cada uno de los participantes que formularon Consultas, así como las que se presentaron y la respuesta correspondiente a cada una de ellas. Luego de elaborado el Pliego Absolutorio con los requisitos glosados, se procederá a notificar el mismo a través del SEACE, a los correos electrónicos de los participantes y en la sede de la Entidad.

Cuando se plantea, al igual que en la normativa derogada, que concluida esta etapa se procederá a la Integración de las Bases, tal como también lo plantea el artículo 28° de la LCE, el artículo 54° del RLCE incorpora un agregado con el que vuelve a complejizar el tema “Las respuestas se consideran como parte integrante de las Bases y del contra-

45 Resolución N° 2154-2007/TC-S4.

46 “A través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección”.

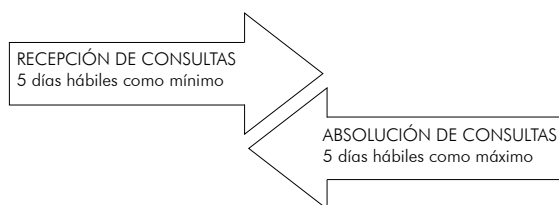
47 “El cronograma a que se refiere el inciso f) del artículo 26° de la presente norma debe establecer un plazo para la presentación de consultas y observaciones al contenido de las Bases y otro para su absolución”.

48 Sobre este tema puede verse la Resolución N° 1112/2007.TC-S1, referida a la fijación del plazo y la imposibilidad que tiene el Comité Especial para fijar en forma arbitraria un día determinado para absolver las consultas y observaciones. “(...) las Bases deberán contener como mínimo un calendario del proceso de selección, el que debe establecer un plazo para la presentación de consultas sobre las Bases, el cual podrá variar de acuerdo a la complejidad de la adquisición y contratación y un plazo para su absolución (...) por lo que este Órgano (el Comité Especial) no puede fijar como único día para absolver las consultas y observaciones, el último día para su presentación”. El agregado es nuestro.

to". De esta afirmación se puede deducir algunas cuestiones relevantes en caso de controversias en la etapa de ejecución del Contrato: ¿Puede la Integración de Bases no incorporar todas las respuestas consignadas en el Pliego Absolutorio?, al parecer puede ser cierto, por lo que el Contratista, al momento de analizar la interposición de la Demanda Arbitral o la Solicitud de Conciliación deberá tener en cuenta, no sólo lo establecido en las Bases y el Contrato, sino también lo consignado en el Pliego Absolutorio.

Establecido el marco normativo de las Consultas, corresponde analizar cómo se implementan en cada uno de los tipos de procesos de selección, como son la Licitación Pública y Concurso Público; las adjudicaciones directas y la Adjudicación de Menor Cuantía; procedimiento que seguidamente describimos y graficamos.

Las Consultas en las Licitaciones Públicas y Concursos Públicos. Al respecto el artículo 55° del RLCE establece, manteniendo el criterio de la normativa derogada, que el Comité Especial recibirá por un período mínimo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente de la Convocatoria; de igual forma, el plazo no podrá exceder de cinco días hábiles para la absolución y notificación, el mismo que se computa desde el vencimiento del plazo para recibir las Consultas. En ambas situaciones la Entidad cuenta con un plazo flexible. En el caso de la recepción, tiene la posibilidad de plantear un plazo mayor al de cinco días, lo que estará en función de la complejidad del proceso de selección; para la absolución, puede reducir el plazo de cinco días. En cualquier circunstancia las Bases deben establecer con precisión dicho plazo.



En el caso de las Adjudicaciones Directas, sean públicas o selectivas, el citado artículo 55° del RLCE establece para la recepción el plazo de tres días hábiles como mínimo, y para la absolución, luego de vencido el plazo para la recepción, establece el plazo de tres días hábiles. En relación con la norma derogada se precisa que los días son hábiles.



Finalmente, el artículo 55° del RLCE regula también el trámite de las Consultas en el caso de Adjudicación de Menor Cuantía para Consultoría de Obras y Ejecución de Obras. Lo nuevo en este artículo es que establece que además del Comité Especial, el Órgano Encargado también podrá recepcionar las Consultas, lo que se hará por un período mínimo de dos días hábiles a partir del día siguiente de la Convocatoria; mientras que para la absolución y notificación el plazo no podrá exceder de dos días hábiles contados desde el vencimiento del plazo para recibir las Consultas.



En cuanto a las Consultas en Bienes y Servicios en las Adjudicaciones de Menor Cuantía, el artículo 22° del RLCE no ha fijado entre las etapas de dicho proceso de selección que tiene un plazo mínimo de ejecución de dos días hábiles entre la Convocatoria y el Otorgamiento de la Buena Pro, una etapa referida a las Consultas o Integración de Bases.

V.1.2.1. Las Consultas en los procedimientos especiales

En la Subasta Inversa Presencial no se ha considerado a la Consulta como una etapa del proceso de selección, tal como se establece en los artículos 90° al 96° del RLCE. En el caso del Convenio Marco, que se ejecuta mediante Licitación Pública o Concurso Público, si se ha considerado la etapa de Consultas estableciéndose en el numeral 2 del artículo 99° del RLCE que la Absolución de Consultas se efectuará en un plazo máximo de diez días hábiles contados desde el vencimiento del plazo para su recepción. El otro tipo de procedimiento en que se consideran las Consultas es en los procesos de selección electrónicos, tal como se encuentra establecido en el numeral tres del artículo 351° del RLCE.

V.1.3. El desenvolvimiento de las Observaciones en los procesos de selección clásicos

El artículo 56° del RLCE establece el procedimiento a seguir para la formulación y absolución de Observaciones a las Bases, el mismo que se inicia con el escrito fundamentado que presentan los participantes. Esta condición es relevante, por cuanto obliga a sustentar la Observación.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 28° de la LCE y 56° del RLCE, el objeto de la Observación es amplio por cuanto se establece que estas se pueden formular respecto del incumplimiento de las condiciones mínimas de las Bases⁴⁹ o "de cualquier

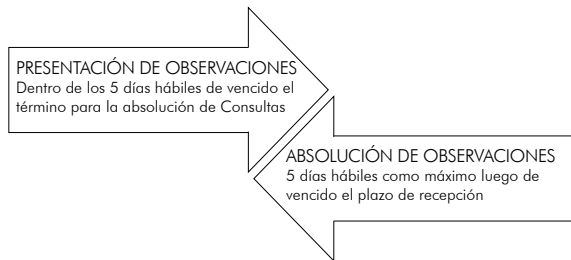
disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección”, con lo que se amplía el alcance de las Observaciones, pudiendo involucrar, por ejemplo, a las normas técnicas y metrológicas.

Luego de presentadas, corresponde al Comité Especial tramitarlas, debiendo absolverlas en forma fundamentada y sustentada en caso las acoja totalmente, parcialmente o no las acoja. La absolución se efectúa mediante el Pliego Absolutorio en el que, al igual que en el caso de las Consultas, se deberá consignar “la identificación de cada observante y la respuesta del Comité Especial para cada observación presentada”, debiendo notificarse el Pliego Absolutorio a través del SEACE “en la sede de la Entidad y a los correos electrónicos de los participantes, de ser el caso”, pasando a formar parte de las Bases, pero a diferencia de lo establecido por la normativa para las Consultas, el artículo 56° no hace referencia a que estas forman parte del Contrato.

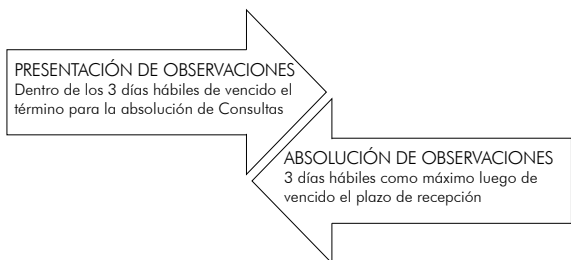
Establecido el marco normativo de las Observaciones, corresponde analizar cómo se implementan en cada uno de los tipos de procesos de selección, como son la Licitación Pública y Concurso Público; las adjudicaciones directas y las Adjudicaciones de Menor Cuantía.

Las Observaciones en las Licitaciones Públicas y Concursos Públicos. Al respecto el artículo 57° del RLCE establece que estas se presentan dentro de los cinco días hábiles siguientes de haber finalizado el término para la absolución de consulta, debiendo el Comité Especial, después de vencido el plazo

de recepción, notificar la absolución en un plazo máximo de cinco días⁵⁰.



Las Observaciones en las Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía para Ejecución y Consultoría de Obras. Sobre este aspecto el citado artículo 57° del RLCE, siguiendo el criterio establecido en la normativa derogada, establece que las Observaciones se presentan en forma simultánea a la presentación de las Consultas, por lo que el participante debe presentarlas dentro de los tres días hábiles de efectuada la convocatoria, correspondiendo al Comité Especial absolverlas en un plazo máximo de tres días hábiles.



Finalmente, al igual que en el caso de las Consultas, cuando se trata de bienes y servicios la normativa no ha considerado la etapa de Observaciones⁵¹.

49 Artículo N° 26.- Condiciones mínimas de las Bases

Las Bases de un proceso de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que le hayan delegado esta facultad y deben contener obligatoriamente, con las excepciones establecidas en el Reglamento para la adjudicación de menor cuantía, lo siguiente:

- a) Los mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable. No constituye tratamiento discriminatorio la exigencia de requisitos técnicos y comerciales de carácter general establecidos por las Bases;
- b) El detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, así como el plazo de ejecución, según el caso. Este detalle puede constar en un Anexo de Especificaciones Técnicas o, en el caso de obras, en un Expediente Técnico;
- c) Las garantías, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento;
- d) Los plazos y mecanismos de publicidad que garanticen la efectiva posibilidad de participación de los postores;
- e) La definición del sistema y/o modalidad a seguir, conforme a lo dispuesto en la presente norma y su Reglamento;
- f) El cronograma del proceso de selección;
- g) El método de evaluación y calificación de propuestas;
- h) La proforma de contrato, en la que se señale las condiciones de la contratación, salvo que corresponda sólo la emisión de una orden de compra o de servicios. En el caso de contratos de obras, figurarán necesariamente como anexos el Cronograma General de Ejecución de la obra, el Cronograma de los Desembolsos previstos presupuestalmente y el Expediente Técnico;
- i) El Valor Referencial y las fórmulas de reajuste en los casos que determine el Reglamento;
- j) Las normas que se aplicarán en caso de financiamiento otorgado por entidades Multilaterales o Agencias Gubernamentales; y,
- k) Los mecanismos que aseguren la confidencialidad de las propuestas.

Lo establecido en las Bases, en la presente norma y su Reglamento obliga a todos los postores y a la Entidad convocante.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, mediante Directivas, aprobará Bases Estandarizadas, cuyo uso será obligatorio por las Entidades.

50 La Notificación se hará “a través del SEACE, en la sede de la Entidad y a los correos electrónicos de los participantes, de ser el caso”.

51 Artículo 22° del RLCE.

V.1.3.1. La elevación de las Observaciones al Titular de la Entidad y al OSCE

A diferencia de la legislación derogada, la actual normativa establece un procedimiento diferenciado para tramitar la elevación de las Observaciones, la misma que se distingue en función del monto establecido como Valor Referencial.

Así, el artículo 58° del RLCE, en concordancia con lo establecido en el artículo 28° de la LCE, establece el procedimiento de elevación de Observaciones al Titular de la Entidad y al OSCE. La elevación de las Observaciones al Titular procede cuando el Comité Especial no acoge las Observaciones y el Valor Referencial es menor a 300 UITs; y en el caso del OSCE procederá cuando exceda dicho monto.

El derecho subjetivo se origina en el marco de la normativa cuando el Comité Especial no acoge o acoge parcialmente las Observaciones, siendo sujeto de derecho el participante que las presentó o aquel que se inscribió hasta antes del vencimiento del plazo previsto para formular Observaciones que considere que la decisión continua infraccionando lo dispuesto en el artículo 26° de la LCE o cualquier otra disposición de dicha Ley, RLCE u norma conexas al proceso de selección.

El plazo para solicitar la elevación es de tres días hábiles, los que se computan desde el día siguiente de la notificación del Pliego Absolutorio. Cumplido con el requisito de la Solicitud de elevación el Comité Especial elevará el pliego de absolución de observaciones al Titular de la Entidad o al OSCE, incluyendo el pago por elevación a esta instancia, bajo responsabilidad, a más tardar al día siguiente de solicitada por el participante.

En cualquiera de las circunstancias, el Titular de la Entidad u OSCE, el Pronunciamiento deberá ser "motivado y expresado de manera objetiva y

clara" donde se absolverán las Observaciones y de ser el caso, "se pronunciará de oficio sobre cualquier aspecto de las Bases que contravenga la normativa sobre contrataciones del Estado". La competencia del Titular de la Entidad para emitir el Pronunciamiento respecto de las Observaciones es indelegable, teniendo por ello responsabilidad plena en caso de infracción a la norma.

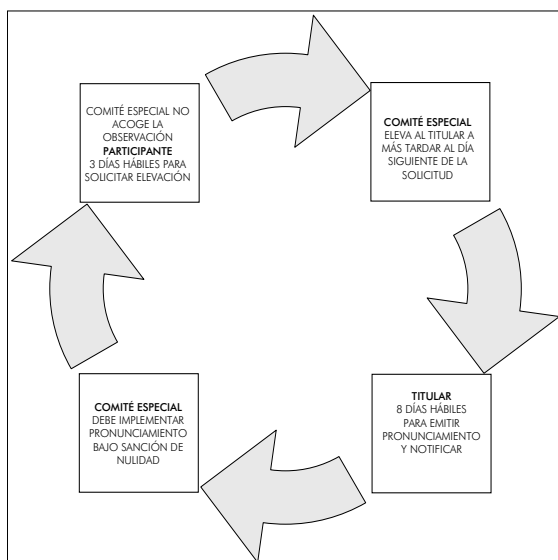
Los plazos para el Titular de la Entidad. El plazo para emitir y notificar el pronunciamiento a través del SEACE será no mayor de ocho días hábiles, los que se computan desde la presentación de la solicitud de elevación de las Bases (Plazo que es improrrogable).

Luego de publicado el Pronunciamiento en el SEACE se genera la obligación en el Comité Especial de implementarlo en todos sus términos "aun cuando ello implique que dicho Comité acuerde, bajo responsabilidad, la suspensión temporal del proceso y/o la prórroga de las etapas del mismo, en atención a la complejidad de las correcciones, adecuaciones o acreditaciones que sea necesario realizar". El Comité Especial no podrá continuar con el proceso de selección mientras no implemente lo dispuesto en el Pronunciamiento "bajo sanción de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar".

Elevación de las Observaciones al OSCE. Tal como hemos indicado el artículo 58° del RLCE se pone también en la situación de la existencia de Observaciones en un proceso de selección cuyo Valor Referencial sea superior a 300 UITs. Al respecto, la norma establece un procedimiento similar al anterior, pero con la diferencia de que en esta circunstancia el OSCE sustituye al Titular de la Entidad. Se mantienen los sujetos de derecho, los plazos para la elevación del Expediente por parte del Comité Especial, pero hasta ahí llegan las semejanzas.

A diferencia de cuando se elevan las Observaciones al Titular de la Entidad, en el caso de OSCE se establece que el plazo para emitir Pronunciamiento y notificar a través del SEACE es de diez días hábiles "contados desde el día siguiente de la presentación completa del respectivo expediente", vencido dicho plazo sin que se emita el Pronunciamiento "el OSCE devolverá el importe de la tasa al observante, manteniendo la obligación de emitir el respectivo Pronunciamiento". Esta última disposición es relevante por cuanto es a favor del administrado, ya que ante la inacción o demora se plantea la obligación del OSCE de devolver lo pagado por el participante.

Finalmente se dispone, como elemento diferenciador del artículo 58°, que contra el Pronunciamiento de la Entidad o del OSCE no cabe la interposición de recurso alguno y constituye precedente administrativo.



VI. LA APELACIÓN

En la primera parte del presente trabajo nos referimos (desde la perspectiva doctrinaria) a la naturaleza jurídica de los recursos impugnativos en general, donde también incluimos al recurso de Apelación; por ello, en las líneas que siguen nos abocaremos, siguiendo la metodología expositiva que venimos implementando, al análisis de los distintos artículos de la LCE y RLCE que se refieren al citado recurso.

VI.1. La instancia única administrativa y el incremento de la discrecionalidad de la Entidad

Los recursos impugnativos son los medios a través de los cuales la Entidad puede revisar sus propios actos, deviniendo por ello en un mecanismo de autocontrol, los que requieren para su materialización de la actuación del administrado impugnando un acto o una actuación, perspectiva desde la cual deviene en una carga para él. El problema que se presenta en la actual normativa es la reiteración y ampliación de la instancia única, o la persistencia en la eliminación de la doble instancia (Apelación y Revisión). A lo que se debe agregar el incremento de la discrecionalidad de las distintas entidades públicas las que podrán resolver dichos recursos, pero y esto es lo nuevo, como instancia única administrativa.

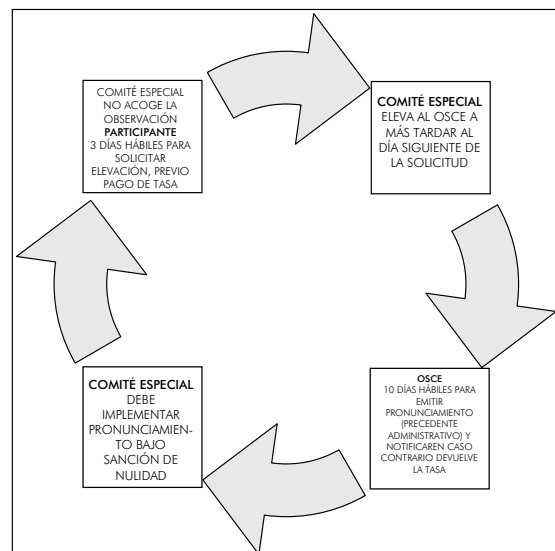
Si se asume que la doble instancia administrativa respecto de los recursos impugnativos más que un derecho, es una carga para los administrados por cuanto, como hemos dicho a través de ella la Administración revisa y controla los actos de los niveles inferiores, y que constituye una forma de diferir el acceso a la justicia ordinaria por parte del administrado, se podrá entender que más importante que establecer la doble instancia se encuentra el hecho de brindar al administrado las garantías suficientes para que pueda recurrir en oportunidad al Órgano Jurisdiccional a fin de alcanzar la tutela correspondiente⁵².

Este es el criterio que parece haber animado al legislador y que en términos reales implica que agotada la vía administrativa en la Entidad o en el Tribunal, según sea el caso, el postor tendrá expedito su derecho para recurrir ante el Órgano Jurisdiccional en la vía contencioso administrativa. Esto que puede parecer coherente doctrinariamente, corre el riesgo de colisionar con la realidad del Poder Judicial. ¿Existe capacidad operativa en el Poder Judicial para atender las Demandas y medidas cautelares que con seguridad interpondrán en los distintos juzgados contencioso administrativos del país los postores que consideren lesionado su derecho por una decisión de la autoridad administrativa de cualquier entidad pública? Inicialmente consideramos que al Poder Judicial se le avecina un significativo incremento de

carga y a las entidades paralizaciones de procesos de selección por la interposición de medidas cautelares, pero eso hasta el momento es sólo ficción. Dejemos que la realidad, el mejor criterio de verdad, se encargue de construir su propia historia.

La problemática expuesta es planteada en el artículo 53° de la LCE, pero es mediatizada por el artículo 104° del RLCE, tal como podremos seguidamente apreciar. El artículo 53° de la LCE establece el marco general de los recursos impugnativos, refiriéndose sólo a uno de ellos, el de Apelación. El criterio que se establece respecto de él, es el mismo que el seguido para el tratamiento de las Observaciones, aunque en este caso incrementa la discrecionalidad de las entidades, por cuanto dispone que estas resolverán dichos recursos cuando el Valor Referencial no supere las 600 UITs, a diferencia del caso de las Observaciones donde las entidades sólo pueden pronunciarse cuando el Valor Referencial no exceda las 300 UITs. Por otro lado, se indica también que en los procesos de selección donde el Valor Referencial supere las 600 UITs, corresponderá resolver al Tribunal.

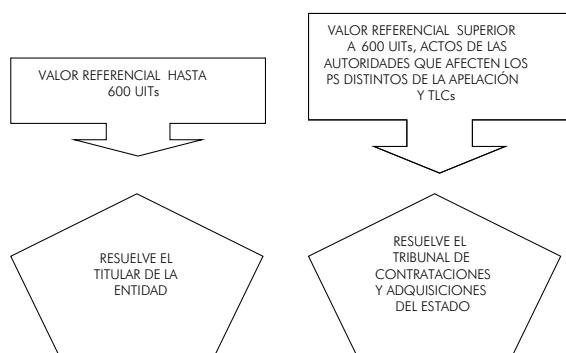
Por su parte el artículo 105° del RLCE reitera dicho criterio pero, a la vez, lo mediatiza cuando indica que independientemente del Valor Referencial "los actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuación del proceso de selección, distintos de aquellos que resuelven recursos de apelación, podrán impugnarse ante el Tribunal". ¿Cuáles podrían ser esos actos? Veamos, si el Comité Especial es autónomo y es él quien tiene a cargo el desarrollo del proceso de selección, cualquier intervención se referiría a actos que vulnerarían esta autonomía, también la declaratoria de Nulidad de Oficio, cancelaciones, etc.



Otro aspecto que mediatiza la disposición general, y con el cual absolvemos la interrogante que nos formuláramos al inicio del presente trabajo

52 Sobre este tema ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General" *Ibíd.* p. 444.

cuando analizábamos los recursos impugnativos en los TLCs, es el referido a la doble instancia administrativa para los recursos impugnativos que interpongan los postores que actúen al amparo de dicha normativa supranacional. Sobre el particular se indica que en aplicación de la Décimo Tercera Disposición Complementaria y Final de la LCE⁵³ “el Tribunal será competente para conocer y resolver las controversias que surjan en los procesos de selección de las contrataciones que se encuentran bajo los alcances de tratados o instrumentos internacionales donde se asuman compromisos en materia de contratación pública. Con esta disposición sólo podrían resolverse en la Entidad los recursos impugnativos de los postores nacionales.



VI.2. El Objeto del recurso de Apelación. Los actos impugnables y no impugnables

Establecida esta distinción de los niveles de resolución, corresponde fijar el objeto del recurso de Apelación. Al respecto el citado artículo 53° de la LCE se refiere a que mediante él sólo se pueden impugnar “los actos dictados desde la convocatoria hasta antes de la celebración del contrato”, pudiendo interponerse luego del Otorgamiento de la Buena Pro. El sentido de esta disposición es evitar las medidas dilatorias de los participantes o postores, quienes de no tener la limitación de interponerla luego de otorgada la Buena Pro, podrían presentarlas en las distintas etapas del proceso de selección, haciéndolo inviable por las constantes impugnaciones.

Esta disposición es complementada por los artículos 105° y 106° del RLCE. El primero, el artículo 105°, precisa los actos impugnables, estableciendo que son los siguientes: “1. Los actos dictados por el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, durante el desarrollo del proceso de selección; 2. Los actos expedidos luego de haberse otorgado la Buena Pro y hasta antes de la celebración del contrato; 3. Los actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten

la continuación del proceso de selección, distintos de aquellos que resuelven recursos de apelación, tales como nulidad de oficio, cancelación u otros”; por su parte el artículo 106° establece los actos y actuaciones no impugnables, indicando que son los siguientes: 1. Las actuaciones y actos preparatorios de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procesos de selección; 2. Las Bases del proceso de selección y/o su integración; 3. Las actuaciones materiales relativas a la inscripción de participantes, así como las destinadas a programar, difundir y/o notificar información de procesos de selección a través del SEACE; 4. Los actos que aprueban la exoneración del proceso de selección; asimismo, en la Resolución N° 834/2004.TC-SU el Tribunal estableció que no cabe impugnación de actos administrativos que no causan agravio al impugnante.

VI.3. Los plazos

El artículo 107° del RLCE establece plazos idénticos para los casos en que el recurso de Apelación se interponga ante la Entidad o ante el Tribunal. En ambas situaciones estamos con dos tipos de plazos, que varían según el tipo de proceso de selección entre ocho y cinco días, según el proceso de selección de que se trate.

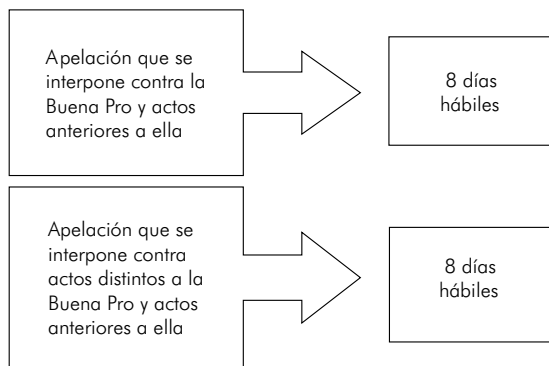
En relación con la oportunidad de presentación del recurso de Apelación, tema que se relaciona con

«El problema que se presenta en la actual normativa es la reiteración y ampliación de la instancia única, o la persistencia en la eliminación de la doble instancia (Apelación y Revisión). A lo que se debe agregar el incremento de la discrecionalidad de las distintas entidades públicas las que podrán resolver dichos recursos, pero y esto es lo nuevo, como instancia única administrativa»

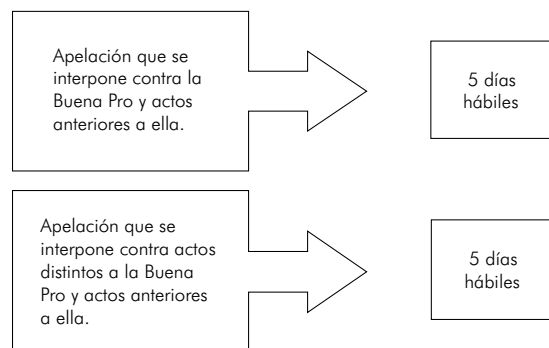
53 “Décimo Tercera.- Para definir la instancia que resolverá los recursos impugnativos que se interpongan en los procesos de selección en los que participen proveedores que provengan de países con los que la República del Perú tuviera vigente un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas, se aplicarán, de ser el caso, los criterios establecidos en las mismas”.

el artículo materia de análisis, en la Resolución N° 2142-2007-TC-S1 el Tribunal estableció las dimensiones del término “fuera de plazo”, indicando que este es “equivalente a extemporáneo, incluye tanto el recurso presentado una vez expirado el plazo legal para su interposición, como también al presentado prematuramente; es decir, antes de que el acto impugnado exista. Tal razonamiento conduce a la conclusión que el presente recurso de revisión es extemporáneo por prematuro, es decir, que fue interpuesto antes de que se llevara a cabo el acto de otorgamiento de la Buena Pro”.

En lo que se refiere a las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas los plazos son los siguientes:



En las **Adjudicaciones de Menor Cuantía**, el artículo en mención ha establecido los plazos siguientes:



1.4. Los efectos de la interposición del recurso de apelación y de la interposición de la Acción Contencioso Administrativa

La interposición del recurso de Apelación tiene como efecto inmediato el de suspender el proceso de selección⁵⁴, y si se está ante uno convocado por ítems, etapas, lotes, paquetes o tramos, la suspen-

sión sólo afecta al que haya sido impugnado. Por su parte el artículo 53° de la LCE establece que la interposición de la Acción Contencioso Administrativa no suspende la ejecución del proceso en la etapa en que se encuentre.

En relación con este tema, no debe confundirse la suspensión del proceso de selección cuando se presenta el recurso de apelación, con el que se pretende cuando se presenta una solicitud de aclaración a la Resolución del Tribunal que definió dicha impugnación. En este último caso se debe tener en cuenta de que la Solicitud de Aclaración no se encuentra establecida como causal de suspensión del proceso de selección⁵⁵.

Finalmente, el artículo 108° del RLCE establece que son nulos los actos que se expidan con infracción de lo dispuesto en él, indicando también que la Entidad o el Tribunal, según corresponda, deberá informar el día en la Ficha del proceso de selección del SEACE de la interposición del recurso de Apelación.

VI.5. La admisibilidad y el trámite de admisibilidad del recurso de Apelación

La admisibilidad, indica CABANELLAS, se refiere a que el recurso: “reúne las condiciones legales externas para motivar una segunda vista, para resolución del fondo de la cuestión”; la improcedencia se produce cuando no se ajusta a Derecho, “Ineficacia de escrito, prueba, recurso o cualquiera otra actuación, Falta de fundamento”⁵⁶.

Los distintos aspectos de la admisibilidad y el trámite de la admisibilidad son tratados por los artículos 109° y 110° el RLCE, y también por el artículo 53° de la LCE. En relación con los requisitos de admisibilidad el artículo 109° establece que independientemente de que sea presentado ante la Entidad o el Tribunal, el recurso de Apelación debe cumplir con lo siguiente:

- Ser presentado ante la Unidad de Trámite Documentario Mesa de Partes, según corresponda. En provincias, cuando se dirija al Tribunal, ante las oficinas desconcentradas del OSCE.
- Identificación del impugnante. En relación a la representación para la interposición queda subsistente el criterio establecido por el Tribunal en la Resolución N° 1085/2005.TC-SU, donde determinó que esta puede ser presentada por un representante, siendo suficiente “las facultades

54 Artículo 108° RLCE. Ver: Resolución N° 1067/2007.TC-S4: “La presentación del recurso de Apelación deja en suspenso el proceso de selección en la etapa en que se encuentre. En el caso de tratarse de un proceso de selección por ítems, etapas, tramos o lotes, la suspensión sólo afecta a aquel donde se haya presentado la impugnación. Actuar en contrario acarrea la nulidad de los actos expedidos con infracción a lo dispuesto”.

55 Resolución N° 257/2006.TC-SU.

56 Ver: CABANELLAS DE TORRES, Guillermo.” Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Ibíd. T. I, Pág. 172; Tomo IV, p. 353.

generales de representación, por lo que debe rechazarse mayores requerimientos por atentar contra la simplicidad, eficiencia y derecho de defensa de los postores. Por tanto, apreciándose que el poder exhibido por el personero que suscribió la apelación se refiere a una representación general ante autoridades administrativas, ello debe ser reputado suficiente, por lo que la pretensión de la adjudicataria de la buena pro de que se declare improcedente el recurso carece de amparo”.

- Domicilio procesal (dirección electrónica).
- El petitorio⁵⁷, los fundamentos de hecho y de derecho⁵⁸.
- Las pruebas instrumentales. En relación con la carga y oficialidad de la prueba en la Resolución N° 1754-2008-TC-S2 el Tribunal estableció que la oficialidad se refiere “a la búsqueda de la determinación, conocimiento y comprobación de los datos para poder emitir una resolución fundada en derecho”, mientras que la carga de la prueba, establece “que corresponde a los administrados realizar, entre otras diligencias, el aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, a efectos de defender sus intereses”.
- La Garantía. Al respecto el artículo 53° de la LCAE establece que esta deberá otorgarse a favor del OSCE y de la Entidad, cuando corresponda; por lo tanto, en ambas situaciones se presentará la Garantía correspondiente; tema que desarrollaremos en las líneas que siguen.
- La firma del impugnante, las copias simples del escrito y recaudos y la firma de Abogado para los casos de Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas Públicas.

Resuelta la admisibilidad, continúa el trámite admisibilidad el mismo que es regulado por el artículo 110° del RLCE, independientemente de que el recurso de Apelación se presente ante la Entidad o el Tribunal, en los términos siguientes: La conformidad se realiza en un solo acto al momento en que se presenta el recurso y está a cargo de la Unidad de Trámite Documentario o de Mesa de Partes, según corresponda; el recurso de Apelación “contra el otorgamiento de la Buena Pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella que sea presentado antes de haberse efectuado el otorgamiento de la Buena Pro, será rechazado de plano, sin mayor trámite, por la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad por la Mesa de Partes del Tribunal o las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda”.

Constituye requisito obligatorio de admisibilidad y genera el rechazo de plano la ausencia de la firma del impugnante o su representante o del representante común en caso de Consorcios; podrán ser subsanadas en un plazo máximo de dos días hábiles desde la presentación del recurso de Apelación la omisión de presentación en la Unidad de Trámite Documentario o Mesa de Partes de: la identificación del impugnante, la omisión de domicilio procesal, de petitorio, de los fundamentos de hecho y de derecho, y la autorización de Abogado cuando corresponda, la omisión de pruebas, de Garantía y de copias simples del escrito y recaudos. En los casos de Subsanación se suspenden todos los plazos del procedimiento de impugnación, y si el postor impugnante no subsanara en el plazo indicado el recurso se considerara como no presentado. Finalmente, se indica que si a pesar de la revisión efectuada la Entidad advirtiera dentro de los tres días hábiles de admitido el recurso de apelación, que el impugnante omitió alguno de los requisitos de admisibilidad subsanables, esto debido a que no fue advertido por su Unidad de Trámite Documen-

57 Confusión de petitorio. “[Al] margen de la poco feliz redacción que el consorcio ha utilizado en su recurso, de las dos (2) comunicaciones remitidas en las que se ratificó primero y se rectificó después acerca de la materia de su petitorio, y de la eventual extemporaneidad para cumplir el requerimiento formulado por la Entidad, lo cierto es que del texto de los fundamentos de hecho en que se apoya la apelación se desprende que el auténtico objeto de la reclamación era la descalificación de la propuesta que presentó para los ítems cuyos sobres económicos fueron abiertos el 29.03.05, de modo que no existía impedimento alguno para que la Entidad pudiera reconducir el recurso presentado y tramitarlo como uno planteado contra el acto de descalificación de la propuesta técnica, en aplicación del artículo 213° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General-, que dispone que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter. Por ende, se colige que el motivo invocado por la Entidad para declarar la inadmisibilidad de la reclamación carece de sustento legal”. Resolución N° 629/2005.TC-SU.

58 Al respecto, en la Resolución N° 1081/2005.TC-SU se estableció que “[Debe] determinarse de forma preliminar que los asuntos controvertidos deben plantearse en el recurso de apelación y en la absolución del mismo, y en caso de presentarse un recurso de revisión, en éste podrá invocarse argumentos o consideraciones que no hayan que sido planteadas en la apelación, pero sólo respecto de las pretensiones planteadas, no resultando procedente plantear nuevas pretensiones. En este sentido, los argumentos o consideraciones sobre los que debe pronunciarse este Colegiado deben ser planteados por el postor impugnante hasta la presentación de su recurso de revisión, resultando extemporáneo todo cuestionamiento formulado de forma posterior; ello sin perjuicio de la potestad de este Tribunal de declarar la nulidad por los vicios que detectase durante el trámite de un recurso de revisión.

Lo anteriormente señalado, obedece a la exigencia que tiene la administración pública para garantizar la adecuada transparencia en la discusión de los argumentos planteados por la partes, de modo tal que el análisis de un caso concreto no se vea afectado por sucesivas nuevas alegaciones, que no sólo prologan desmedidamente el trámite del recurso interpuesto, sino que impela a conocer aspectos previamente consentidos por las partes y sobre los que no hubo discrepancia inicial”.

tario, “deberá emplazarlo inmediatamente a fin de que realice la subsanación correspondiente, otorgándole un plazo máximo de dos días hábiles, sin que el mismo suspenda el plazo para la resolución del recurso. Transcurrido el plazo señalado sin que se realice la subsanación, el recurso se tendrá por no presentado”. Este último aspecto, que es a favor del administrado, debe permitir mayor fluidez en la resolución de los recursos impugnativos.

Establecida la admisibilidad y el trámite de admisibilidad del recurso de Apelación, corresponde analizar las causales de improcedencia del mismo.

VI.6. La improcedencia del recurso de Apelación

La improcedencia del recurso de Apelación se encuentra normada por el artículo 111° del RLCE, el que establece, indistintamente de que sea presentado ante la Entidad o el Tribunal, que el recurso será declarado improcedente cuando la Entidad carezca de competencia; sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables, conforme a lo señalado en el artículo 106° del RLCE, el mismo que ya hemos expuesto; sea interpuesto fuera del plazo indicado en el artículo 107°, ocho días hábiles para la Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicaciones Directas, y cinco días hábiles para Adjudicaciones de Menor Cuantía; que quien suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante; que el impugnante se encuentre impedido para participar en los procesos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 10° de la LCE⁵⁹; que el impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles, este podría ser el caso de los que tengan sentencia condenatoria; que el impugnante carezca de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento; que sea interpuesto por el postor ganador de la Buena Pro; que no exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

VI.7. El Desistimiento

En relación con este tema, la normativa y el Tribunal ha establecido que el Desistimiento es una forma de conclusión del proceso, “procedente durante la tramitación del recurso (...) en tanto no se afecte el interés público”⁶⁰ y siempre que sea presentado hasta antes de haberse declarado que el Expediente se encuentra listo para resolver⁶¹; requiriéndose para tal efecto que el postor presente su escrito con firma

legalizada ante Notario o ante la Secretaría del Tribunal⁶². Asimismo, en la Resolución N° 684/2005. TC-SU se estableció, respecto del Desistimiento, que su efecto inmediato “es que el acto administrativo que se impugna deviene en firme o consentido, trayendo ello como consecuencia que el acto administrativo se vuelve inatacable para el administrado, no siendo susceptible de recurso alguno ni en la vía administrativa ni en la judicial”.

Estos criterios se mantienen en la nueva normativa. Así, el Desistimiento se encuentra normado por el literal c) del numeral 51.2 de la LCE y el artículo 180° del RLCE, estableciendo este último que el apelante se podrá desistir del recurso de Apelación a través de escrito con firma legalizada ante Notario Público o ante la Secretaría del Tribunal, “siempre y cuando la respectiva solicitud de desistimiento haya sido formulada hasta antes de haberse declarado que el expediente está listo para resolver y no comprometa el interés público”. El Desistimiento se acepta mediante Resolución y pone fin al procedimiento administrativo.

El literal c) del numeral 51.2 del artículo 51° de la LCE ubicado en el rubro de las sanciones económicas establece que en caso de Desistimiento del recurso de Apelación se ejecutará el 100% de la Garantía.

VI.8. El Procedimiento del recurso de Apelación ante la Entidad y ante el Tribunal

Tal como hemos indicado, la nueva legislación ha establecido dos vías para interponer el recurso de Apelación, la primera que exige que se interponga ante la Entidad cuando el Valor Referencia no exceda las 600 UITs, y la segunda, que requiere que se interponga ante el Tribunal cuando el Valor Referencial exceda dicho monto. En las líneas que siguen analizaremos cada uno de estos procedimientos.

VI.8.1. El recurso de Apelación ante la Entidad

El artículo 53° de la LCE concordante con el artículo 113° del RLCE establece la posibilidad de que el Titular de la Entidad delegue en algún Funcionario, mediante Resolución, la potestad de resolver el recurso de Apelación, quien en mérito de dicha delegación asume la responsabilidad por la emisión del acto que resuelve el recurso. El Funcionario en

59 “(...) debe tenerse en cuenta que a la fecha tanto de presentación de propuestas como de interposición del recurso de apelación, el impugnante no se encontraba inhabilitado para participar de procesos de selección y/o contratar con el Estado, por lo que no existe en este extremo responsabilidad del Comité Especial, no es menos cierto que la suspensión sobreviniente imposibilita que la Impugnante continúe participando del proceso de selección, puesto que el período de suspensión temporal impuesto por el Tribunal se encuentra vigente”. Resolución N° 1712-2008-TC-S2.

60 Ver: Resolución N° 479/2004.TC-SU.

61 Resolución N° 2154-2007/TC-S4.

62 Resolución N° 1717-2008-TC-S2; Resolución N° 1727-2008-TC-S2; Resolución N° 1752-2008-TC-S2.

quien se delega no podrá ser miembro del Comité Especial o del Órgano encargado de las contrataciones en la Entidad.

Otro aspecto relevante es el hecho de que quien vaya a resolver deberá “contar con un informe técnico legal sobre la impugnación, emitido por las áreas correspondientes de la Entidad. Dicho informe no podrá ser emitido por el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, según sea el caso”. El Informe en mención podría ser uno que emitan en conjunto el área técnica y el área legal.

El procedimiento que sigue este recurso ante la Entidad se encuentra establecido en el artículo 113° del RLCE el mismo que indica que la presentación del recurso de Apelación deberá registrarse en el SEACE el mismo día de haber sido interpuesto. Asimismo, se dispone que la Acumulación procede cuando se han interpuesto dos o más recursos de Apelación sobre un mismo proceso o ítem. En cuanto a la fijación del plazo de resolución de los recursos acumulados se indica que este será “el plazo del último recurso interpuesto o subsanado”.

Luego de presentado el recurso la Entidad corre traslado del mismo a los postores que pudiesen ser afectados, dentro de los dos días hábiles del presentado o de subsanado, después de lo cual el postor cuenta con un plazo no mayor de tres días hábiles para absolver el traslado, debiendo la Entidad resolver con la absolución del traslado o sin ella. Sobre el traslado y el debido procedimiento, consideramos que debe tenerse presente lo dispuesto en la Resolución N° 217/2006.TC-SU donde el Tribunal estableció, resolviendo un caso en el que se discutía el debido procedimiento, que resultaba relevante indicar “que el procedimiento administrativo se rige por principios, los cuales constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos para encausar, controlar y limitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento. Asimismo, controlan la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas existentes, en la integración jurídica para resolver aquello no regulado, así como para desarrollar las normas administrativas complementarias.

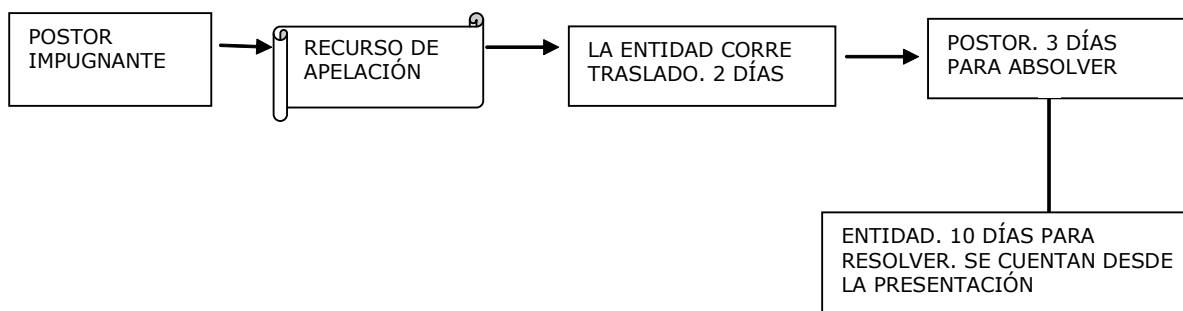
En esta línea de análisis, conforme se advierte de los hechos descritos en los antecedentes, la Entidad no corrió traslado del recurso de apelación interpuesto por la Impugnante a la empresa (...) adjudicataria de la buena pro, por lo que transgredió el debido procedimiento administrativo, según el cual los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho”.

En este contexto, el Postor impugnante o el impugnado podrá solicitar el Uso de la Palabra, según corresponda, en el recurso de Apelación o en el escrito de absolución del traslado, lo que debe efectuarse dentro de los tres días hábiles siguientes de vencido el plazo para la absolución del traslado.

El plazo para resolver la impugnación se computa desde la fecha de su presentación o desde la subsanación. Desde ese momento la Entidad tiene un plazo de doce días hábiles para resolver y notificar su decisión al SEACE.

En este procedimiento opera la Denegatoria Ficta y el Desistimiento. La Denegatoria Ficta procede cuando transcurridos los doce días hábiles la Entidad no resuelva o notifique, en este caso el postor impugnante deber considerar que su recurso ha sido desestimado, quedando en libertad de ejercer su derecho en la vía contencioso administrativa, en esta situación indica el artículo 115° del RLCE que la omisión de resolver y notificar el recurso de apelación dentro del plazo establecido genera la responsabilidad funcional del Titular de la Entidad y del funcionario a quien se hubiese delegado la función de resolver.

También el Postor impugnante puede desistirse, correspondiendo en este caso presentar un escrito con firmas legalizadas ante Notario o Juez de Paz, debiendo ser aceptado mediante Resolución, con lo que se pone fin al procedimiento, salvo que afecte el interés público. El Desistimiento implica la ejecución del 100% de la Garantía.



VI.8.2. El recurso de Apelación ante el Tribunal

El recurso de Apelación ante el Tribunal tiene algunas particularidades que lo diferencian del que se interpone ante la Entidad, las cuales se encuentran consignadas en los artículos 53° de la LCE y 116° al 126° del RLCE, y que seguidamente describimos.

Al igual que en el caso del recurso interpuesto ante la Entidad, la Acumulación procede en caso de existir dos o más recursos de Apelación respecto de un mismo proceso o ítem. Luego de admitido el Tribunal corre traslado a la Entidad y le requiere que remita el Expediente, para lo que cuenta con un plazo de tres días hábiles⁶³; en ese lapso la Entidad notifica a los administrados que se pudieran ver afectados con la decisión del Tribunal.

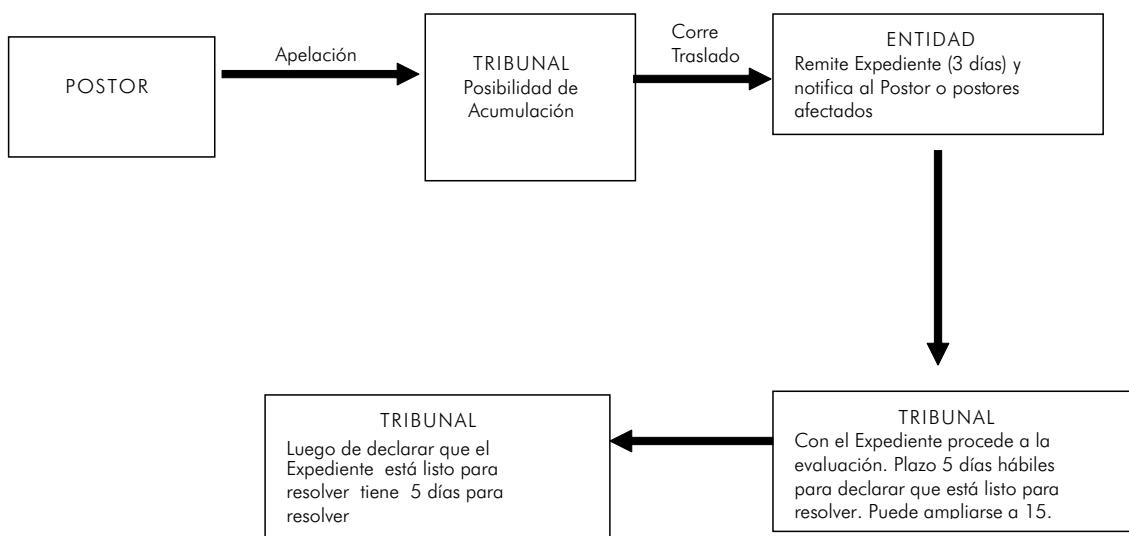
En el Expediente de remisión se deberá adjuntar: Las propuestas de todos los postores participantes; un Informe Técnico Legal sobre la impugnación, en el cual se indique expresamente la posición de la Entidad respecto de los fundamentos del recurso interpuesto; la documentación que acredite la notificación del decreto que admite el recurso de apelación al postor y/o postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal⁶⁴.

Luego de recepcionado el Expediente, el Tribunal, con o sin la absolución del postor o postores que resulten afectados, tiene un plazo de cinco días hábiles “para evaluar la documentación obrante en el expediente y, de ser el caso, para declarar que está listo para resolver”. En esta etapa, el Tribunal puede solicitar información adicional a la Entidad,

al impugnante o a terceros, acción que implica la prórroga del plazo de evaluación, el cual no podrá exceder de quince días hábiles. “En caso de haberse concedido, de oficio o a pedido de parte, el uso de la palabra para los informes orales⁶⁵, el requerimiento de información adicional se efectuará luego de realizada la respectiva audiencia pública”.

Tal como se indica, en esta etapa existe la posibilidad de que el Tribunal requiera información, situación que se encuentra contemplada en el artículo 116° del RLCE. Al respecto se establece la obligación de las personas naturales o jurídicas que sean requeridas para remitir información, en el plazo que el Tribunal les otorgue, bajo responsabilidad. “La oposición u omisión al cumplimiento del mandato requerido supondrá, sin excepción alguna, una infracción del deber de colaboración con la Administración que, en el caso de las Entidades, se pondrá en conocimiento de su Órgano de Control Institucional para la adopción de las medidas a que hubiere lugar. Tratándose de las demás personas naturales o jurídicas, o del postor adjudicatario de la Buena Pro, el incumplimiento del mandato será apreciado por el Tribunal al momento de resolver, valorándose conjuntamente con los demás actuados que obren en el expediente”. Esta disposición puede terminar siendo un exceso de la Administración ante terceros que no están vinculados al procedimiento, ni al proceso de selección.

Finalmente, se indica que el Tribunal resolverá y notificará su resolución a través del SEACE dentro del plazo de cinco días hábiles, “contados desde la fecha de emisión del decreto que declare que el expediente está listo para resolver”.



63 Artículo 53° de la LCAE.

64 “El incumplimiento de dichas obligaciones por parte de la Entidad será comunicada al Órgano de Control Institucional de ésta y/o a la Contraloría General de la República y generará responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad”.

65 El Uso de la Palabra. Al respecto el Artículo 117° indica que el Tribunal puede conceder a las partes el uso de la palabra a fin de que sustenten su derecho, situación que se puede producir a pedido de parte, hasta antes de que el Tribunal declare que el

VI.9. El contenido y alcances de la Resolución ante la Entidad y el Tribunal

Los artículos 114° y 118° del RLCE regulan, respectivamente, el contenido de las resoluciones el mismo que es similar para ambos casos. Los artículos citados indican que la Resolución deberá consignar como mínimo: Los antecedentes del proceso en que se desarrolla la impugnación; la determinación de los puntos controvertidos planteados por el impugnante mediante su recurso y por los demás postores intervinientes en el procedimiento⁶⁶; el análisis respecto de cada uno de los puntos controvertidos propuestos; la decisión (en el caso del Tribunal es el Pronunciamiento) respecto de cada uno de los extremos del petitorio del recurso de Apelación y de la absolución de los demás postores intervinientes en el procedimiento, conforme a los puntos controvertidos.

En cuanto a los alcances de las Resoluciones que emitan la Entidad y el Tribunal, los artículos 114° y 119° del RLCE regulan, respectivamente, el contenido de las mismas, teniendo en este caso algunas variaciones entre uno y otro. Así, el artículo 114° establece que la Entidad deberá resolver de algunas de las siguientes formas:

Declarará infundado el recurso de Apelación, cuando considere que el acto impugnado se ajusta a la Ley, al Reglamento, a las Bases y demás normas conexas o complementarias.

Declarará fundado el recurso de Apelación y revocará el acto objeto de impugnación, cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de la Ley, del Reglamento, de las Bases o demás normas conexas o complementarias. "Si el acto o actos impugnados están directamente vinculados a la evaluación de las propuestas y/o otorgamiento de la Buena Pro, deberá,

de contar con la información suficiente, efectuar el análisis pertinente sobre el fondo del asunto y otorgar la Buena Pro a quien corresponda".

Declarará de oficio la nulidad, cuando, en virtud del recurso interpuesto, se verifique la existencia de actos dictados por órganos incompetentes, que contravengan normas legales, que contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable. En estos casos, se deberá precisar la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección, "en cuyo caso podrá declarar que resulta irrelevante pronunciarse sobre el petitorio del recurso".

Declarará improcedente cuando el recurso de apelación incurra en alguna de las causales establecidas en el artículo 111° del RLCE⁶⁷.

En el caso del Tribunal estas disposiciones adquieren una mayor precisión. Veamos. El artículo 119° del RLCE establece los criterios siguientes respecto de las decisiones del Tribunal:

«No debe confundirse la suspensión del proceso de selección cuando se presenta el recurso de apelación, con el que se pretende cuando se presenta una solicitud de aclaración a la Resolución del Tribunal que definió dicha impugnación»

Expediente se encuentra listo para resolver sin perjuicio de que sea solicitado, o de oficio, caso en el cual el plazo de evaluación del Expediente queda prorrogado hasta la realización de la Audiencia. El Uso de la Palabra se encuentra regulado por el Acuerdo N° 015-009 de fecha quince de noviembre de 2001, donde se establece que se llevará a cabo "en la fecha programada y en la hora exacta fijada, sin tolerancia alguna (...) no se concederán prórrogas, salvo casos excepcionales, que serán sometidos previamente a consideración de la sala respectiva". El problema con este acuerdo es que normalmente los informes no se llevan a cabo en la hora señalada, no por responsabilidad de las partes, sino por los problemas de la Sala.

66 La Resolución N° 214/2006.TC-SU el Tribunal estableció que la Resolución que resuelve el recurso de Apelación "debe consignar como mínimo la determinación de los puntos controvertidos planteados por el impugnante mediante su recurso y por los demás postores intervinientes en el procedimiento, el análisis respecto de cada uno de los puntos controvertidos propuestos y el pronunciamiento respecto de cada uno de los extremos del petitorio del recurso de apelación y de la absolución de los demás postores intervinientes en el procedimiento, conforme a los puntos controvertidos".

67 Artículo 111°.- Improcedencia del recurso de apelación

El recurso de apelación presentado ante la Entidad o ante el Tribunal será declarado improcedente cuando:

1. La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezca de competencia para resolverlo.
2. Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables, conforme a lo señalado en el artículo 106°.
3. Sea interpuesto fuera del plazo indicado en el artículo 107°.
4. El que suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante.
5. El impugnante se encuentre impedido para participar en los procesos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 10° de la Ley.
6. El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles ;
7. El impugnante carezca de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.
8. Sea interpuesto por el postor ganador de la Buena Pro.
9. No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

Declarará Infundado y confirmará el acto, si considera que el acto impugnado se ajusta a la LCE, al RLCE, a y las Bases del proceso de selección y demás normas conexas o complementarias.

Declarará fundado el recurso de apelación y revocará el acto impugnado, cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de la LCE, del RLCE, de las Bases del proceso de selección o demás normas conexas o complementarias. "Si el impugnante ha cuestionado actos directamente vinculados a la evaluación de las propuestas o/y otorgamiento de la Buena Pro, el Tribunal, además, evaluará si cuenta con la información suficiente para efectuar el análisis sobre el fondo del asunto, pudiendo, de considerarlo pertinente, otorgar la Buena Pro a quien corresponda, siendo improcedente cualquier impugnación administrativa contra dicha decisión".

Declarará la nulidad, cuando en virtud del recurso interpuesto o de oficio, se verifique la existencia de actos dictados por órganos incompetentes, que contravengan normas legales, que contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable. En este caso, deberá precisar hasta la que se retrotraerá el proceso de selección, en cuyo caso podrá declarar que resulta irrelevante pronunciarse sobre el petitorio del recurso.

Declarará la improcedencia, cuando el recurso de apelación incurra en alguna de las causales establecidas en el artículo 108°, el mismo que ya hemos citado.

VI.10. La Garantía y la Ejecución de la Garantía

La Garantía y la Ejecución de la Garantía en los procedimientos impugnativos se encuentran reguladas por los artículos 112° y 125° del RLCE.

La Garantía que respalda la impugnación es equivalente al 3% del Valor Referencial, independientemente del proceso de selección de que se trate, no pudiendo ser inferior al 50% de la UIT. La característica de la Garantía es que debe ser "incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país al solo requerimiento de la

Entidad o del OSCE, según corresponda, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú". También puede consistir en un depósito en la cuenta bancaria de la Entidad o del OSCE, según corresponda.

En cuanto a su vigencia, cuando el recurso impugnativo se presente ante la Entidad deberá tener un plazo mínimo de vigencia de veinte días calendarios, y cuando sea ante el Tribunal el plazo mínimo será de treinta días calendario. La Garantía deberá ser renovada hasta que se agote la vía administrativa, si esta no fuese renovada en oportunidad se considerará al recurso como no presentado.

En cualquier circunstancia e independientemente de que el recurso de Apelación se haya interpuesto ante la Entidad o ante el Tribunal, el procedimiento para la ejecución de la garantía es el siguiente:

Se devuelve la Garantía en un plazo de quince días hábiles, cuando el recurso de Apelación sea declarado fundado en todo o en parte, o se declare la nulidad sin haberse emitido pronunciamiento sobre el fondo del asunto, u opere la denegatoria ficta por no resolver y notificar la resolución dentro del plazo legal.

Se ejecuta la Garantía, cuando el recurso de apelación sea declarado infundado o improcedente o el impugnante se desista.

VI.11. El agotamiento de la vía administrativa, la Denegatoria Ficta y la Acción Contencioso Administrativa

Los artículos 53° de la LCE, 115° y 122° del RLCE regulan lo referente al agotamiento de la vía administrativa. Al respecto el artículo 53° establece que lo resuelto por la Entidad o el Tribunal, o la Denegatoria Ficta⁶⁸ o por haber resuelto el recurso en los términos no satisfactorios para el postor impugnante, agotan la vía administrativa.

La ocurrencia de la denegatoria ficta por la omisión de la Entidad o del Tribunal de resolver el recurso

68 LCE: Artículo 55°.- Denegatoria Ficta

En el caso que la Entidad o cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado según corresponda, no resuelvan y notifiquen sus resoluciones dentro del plazo que fija el Reglamento, los interesados considerarán denegados sus recursos de apelación, pudiendo interponer la acción contencioso-administrativa contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente.

En estos casos, la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado devolverá lo pagado por los interesados como garantía al momento de interponer su recurso de apelación.

RLCE: Artículo 121°.- Denegatoria ficta

Vencido el plazo para que el Tribunal resuelva y notifique la resolución que se pronuncia sobre el recurso de apelación, el impugnante deberá asumir que aquél fue desestimado, operando la denegatoria ficta, a efectos de la interposición de la demanda contenciosa administrativa.

dentro del plazo establecido genera responsabilidad funcional, según sea el caso, en el Titular de la Entidad, el Funcionario delegado o la Sala del Tribunal.

En este contexto, el artículo 126° del RLCE establece el procedimiento a seguir para la interposición de la Acción Contencioso Administrativa la misma que procede contra lo resuelto en la Resolución o en la Denegatoria Ficta, no suspendiendo su interposición lo resuelto por la Entidad o el Tribunal. La acción se interpondrá en el plazos establecidos en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584, modificada por el Decreto Legislativo N° 1067, el que se cuenta a partir del día siguiente de la notificación de la Resolución o del vencimiento el plazo para resolverlo.

VII. EL RECURSO DE APELACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES. LA SUBASTA INVERSA Y EN EL CONVENIO MARCO DE PRECIOS

El artículo 94° y el numeral 6 del artículo 99° del RLCE determinan, respectivamente, el procedimiento que sigue el recurso de Apelación en la Subasta Inversa y en el Convenio Marco de Precios.

En cuanto a la Subasta Inversa se establece que a través del recurso de Apelación se resuelven las controversias que surjan desde la Convocatoria hasta la suscripción del Contrato. Al igual que en el caso de procedimiento clásico, la Apelación se puede interponer ante el Titular de la Entidad o el Tribunal, cumpliendo con los requisitos y garantías glosados. En cualquiera de las dos situaciones se deberá resolver en un término no mayor de diez días hábiles luego de admitido el recurso, salvo que se requiera información adicional en cuyo caso el pronunciamiento deberá emitirse dentro del término de quince días hábiles.

Por otro lado, en el Convenio Marco se establece la aplicación del procedimiento descrito en los casos de interposición del recurso de Apelación ante el Tribunal por controversias surgidas en la fase de selección.

VIII. CONCLUSIONES PRELIMINARES

La revisión y el análisis hasta aquí efectuado nos ha permitido arribar a conclusiones preliminares respecto del procedimiento de las Consultas, Observaciones y del recurso de Apelación en la nueva normativa de contrataciones del Estado, las mismas que seguidamente exponemos:

- No existe una pluralidad de instancias administrativas, lo que puede ser aceptado doctrinariamente.

«La nueva legislación ha establecido dos vías para interponer el recurso de Apelación, la primera que exige que se interponga ante la Entidad cuando el Valor Referencia no exceda las 600 UITs, y la segunda, que requiere que se interponga ante el Tribunal cuando el Valor Referencial exceda dicho monto»

- La doble instancia se plantea en relación directa con el Órgano Jurisdiccional, dando lugar con ello a la configuración del Proceso Contencioso Administrativo como vía para resolver en definitiva la impugnación. Situación que siempre ha existido, pero que hoy adquiere algunas singularidades.
- La decisión de mantener la eliminación de una instancia, como era el Tribunal en el caso del recurso de Revisión, se agrava cuando se le otorga la categoría de instancia resolutoria a las entidades en general desconociendo que muchas de ellas se caracterizan por la debilidad de sus sistemas administrativos.
- Otro aspecto relevante en relación con las instancias es el trato discriminatorio respecto del postor nacional. En todos los casos el postor extranjero podrá impugnar ante el Tribunal, mientras que el Nacional sólo podrá hacerlo cuando el Valor Referencial supere las 600 UITs.
- Las situaciones descritas probablemente nos conduzcan a que el Poder Judicial y sus demoras por falta de capacidad operativa adquieran un mayor protagonismo, escenario ideal para la emergencia de las medidas cautelares que se interpondrán para suspender el proceso o la ejecución del contrato, con lo que las críticas se trasladaran del OSCE al Poder Judicial.
- Si de celeridad se trata, debemos indicar que la normativa mantiene los plazos de la normativa derogada. La celeridad está en el desembalse del Tribunal y el traslado de la potestad resolutoria a las entidades. CA