



**UNIVERSIDAD NACIONAL
FEDERICO VILLARREAL**

**Vicerrectorado de
INVESTIGACION**

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**“EL COBRO DE GARANTÍA EN EL RECURSO DE APELACIÓN
CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA NULO EL
PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN ANTES DEL OTORGAMIENTO DE
LA BUENA PRO – LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE:
MAESTRO EN DERECHO EMPRESARIAL**

AUTOR:

SIFUENTES QUILCATE WILDER ALEJANDRO

ASESOR:

DR. GASTON JORGE QUEVEDO PEREYRA

JURADO:

DR. JOSE VIGIL FARIAS

DR. LUIS BEGAZO DE BEDOYA

MG. KARINA TATIANA ALFARO PAMO

LIMA – PERU

2019

DEDICATORIA:

A mis padres y a mi familia por darme ánimos para salir adelante y por el apoyo absoluto en cada etapa de mi vida.

AGRADECIMIENTO:

Mi agradecimiento a Dios,
por su amor incondicional y por sentirlo a
mi lado a lo largo de mi trayectoria
profesional, iluminando mi camino para
lograr mis objetivos.

ÍNDICE

DEDICATORIA:	ii
AGRADECIMIENTO:	iii
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	vii
1.1. Planteamiento del problema.....	9
1.2. Descripción del problema	10
1.3. formulación del problema.....	11
-Problema general	11
-Problema específico.....	11
1.4. Antecedentes	11
1.5. Justificación de la investigación	12
1.6. Limitaciones de la investigación.....	13
1.7. Objetivos de la investigación	13
-Objetivo general	13
-Objetivos específicos.....	14
1.8.Hipotesis	14
1.8.1. Hipótesis principal	14
1.8.2. Hipótesis específicas.....	15
II.MARCO TEÓRICO	16
2.1 Marco conceptual.....	16
III. MÉTODO	62
3.1 Tipo de investigación.....	62

3.2	Población y muestra.....	62
3.2.1.	Población.....	62
3.2.2.	Muestra	62
3.3	Operacionalización de variables	66
3.4	Instrumentos.....	68
3.5	Procedimientos.....	73
3.6	Análisis de datos	73
IV.	RESULTADOS	74
V.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	99
VI.	CONCLUSIONES	102
VII.	RECOMENDACIONES	104
VIII.	REFERENCIAS	105
IX.	ANEXOS	112
	Anexo N° 1: Matriz de consistencia de investigación.....	112
	Anexo N.° 2:Ficha técnica del instrumento	114
	Anexo N.° 3:Validación del instrumento por experto.....	117
	Anexo N.° 4: Propuesta Legislativa	121
	Anexo N.° 5:Proyecto de ley que modifica.....	125
	Anexo N.° 6: Exposición de motivos	130

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo determinar las causas que influyen para el cobro a los proveedores en un procedimiento de selección por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, referenciada en base a la normativa de contrataciones del Estado.

El tipo de método empleado fue de tipo Aplicada y el Diseño de Investigación no fue Experimental, sin embargo, si transaccional debido a que los datos se recolectaron en un solo momento, en un tiempo único, los mismos que se desarrollaron de acuerdo a la información y la base legal existente.

La investigación concluye que el excesivo e inadecuado cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, es una regulación que asigna un alto nivel de rigidez y restrictiva situación que impide que los proveedores puedan participar en igualdad de condiciones; vulnerando los principios de libre concurrencia de las contrataciones públicas.

Palabras claves: Contrato, principio de libertad de concurrencia, acto administrativo, nulidad de acto administrativo.

ABSTRACT

The present investigation had as objective to determine the causes that influence the collection of suppliers in a selection procedure by the Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) of 3% of the total value of the selection procedure as a guarantee by filing the Appeal of acts dictated before the completion of the contract, referenced based on the contracting regulations of the State.

The type of method used was of the Applied type and the Research Design was not Experimental. It was also Transactional, since the data was collected in a single moment, in a single time, the same ones that were developed according to the information and the existing legal base.

The investigation concludes that the excessive and inadequate collection of 3% of the total value of the selection procedure as a guarantee by filing the Appeal of acts dictated before the adjudication, is a regulation that assigns a high level of rigidity and restrictive situation that prevents suppliers from participating in equal conditions; violating the principles of free competition of public procurement.

Keywords:

Contract, principle of freedom of competition, administrative act, nullity of administrative act.

I. INTRODUCCIÓN

La tesis materia de investigación tiene como propósito investigar una situación problemática que se observa dentro de la normativa de contrataciones del Estado sobre el cobro a los proveedores del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, la cual no fomenta la libre concurrencia de los proveedores en la contratación pública.

En tal sentido la presente investigación se desarrolla de acuerdo a los capítulos siguientes:

Capítulo I.- Se argumenta el planteamiento, la descripción y la formulación del problema, antecedentes, justificación y limitaciones de la investigación, objetivos e hipótesis.

Capítulo II.- Se desarrolla el marco conceptual de la investigación.

Capítulo III.- Se argumenta el tipo de investigación, población y muestra, operacionalización de las variables, instrumentos, procedimientos y análisis de datos.

Capítulo IV.- Se desarrollan los resultados de la investigación.

Capítulo V.- Se argumenta la discusión de resultados.

Capítulo VI. - Se desarrollan las conclusiones.

Capítulo VII.- Se plantean las recomendaciones.

Capítulo VIII.- Se citan las referencias bibliográficas.

Capítulo IX.-Anexos: Matriz de consistencia de investigación, ficha técnica del instrumento, validación de instrumento por experto, propuesta legislativa, proyecto de ley y exposición de motivos.

1.1.Planteamiento del problema

El problema surge cuando empíricamente se observa que en los procedimientos de selección declarados de oficio nulos por el titular de la Entidad Pública antes del otorgamiento de la buena pro, el Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) requiere el pago previo a los proveedores, del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del recurso de apelación, en virtud de lo establecido en el artículo 41° de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado modificada por Decreto Legislativo N° 1444.

El caso concreto es que, a pesar de que la Constitución Política del Perú reconoce los derechos a la defensa, a la pluralidad de la instancia, al debido procedimiento administrativo, a la libertad de competencia, a la libertad de empresa y a la igualdad, así como la prohibición del Abuso del Derecho, son recurrentes y sistemáticos los casos en el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) sobre la exigencia a los proveedores del pago de un derecho del 3% del valor total del procedimiento de selección por concepto de garantía por interposición de recurso de apelación de los actos administrativos que declarar la nulidad del procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro.

En este caso, luego de una serie de trámites administrativos y de una inversión considerable en bienes y servicios para ser brindados al Estado, los proveedores participantes muchas veces no cuentan con financiamiento, por lo que no pueden presentar Recurso de Apelación contra los actos dictados por la Entidad que los afectan, teniendo que asumir un sobre costo para hacer efectivo dicho pago, pese a lo ordenado en el literal a) numeral del artículo 2° de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, que recoge el principio de Libertad de concurrencia, el mismo que establece que: “Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los

procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.”

Estos derechos de los proveedores son violentados sistemáticamente por el propio Estado pese a que nuestra Constitución tutela estos derechos. No podría ser de otra manera si se tiene en cuenta que el objetivo de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado es mejorar y aperturar la posibilidad de mayor participación y la libre concurrencia de proveedores en los procedimientos de selección que realicen las diversas Entidades públicas.

Lamentablemente los funcionarios públicos responsables de esta situación siguen alegando que ello lo dispone el artículo 41° de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado modificada por Decreto Legislativo N° 1444, argumento que claramente consideramos como injustificable. Entonces, nos preguntamos qué hacer para que miles de proveedores ya no tengan que efectuar el pago de esta garantía para presentar Recurso de Apelación, derecho que en justicia les corresponde y así se de efectivo cumplimiento a lo señalado por la Constitución.

1.2. Descripción del problema

Se aprecia que el excesivo e inadecuado cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, es una regulación que asigna un alto nivel de rigidez y restrictiva situación que impide que los proveedores puedan participar en igualdad de condiciones; vulnerando los principios de libre concurrencia de las contrataciones públicas. Asimismo, que las exigencias del cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por

interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, como requisito de admisibilidad constituye una Barrera Económica en contra de los proveedores, quienes tienen que asumir costos que desalientan, obstaculizan e incrementan el acceso al mercado estatal (tanto a nivel local como global).

1.3. formulación del problema

Problema general

¿Cuáles son las causas que inciden para que los proveedores en un procedimiento de selección tengan que pagar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) el 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro?

Problema específico

¿Qué medidas deben adoptarse para que se revierta la situación inconstitucional respecto al cobro a los proveedores del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de los actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro?

1.4. Antecedentes

Tesis Internacionales

(Ortega, 2012) Ciudad de Guatemala, Guatemala, en la investigación realizada de su tesis de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales sostiene que:

“La nulidad es un medio de impugnación que se tramita a través del procedimiento de incidentes que por sus características tiene una serie de etapas, inclusive, donde se diligencian pruebas lo cual lo hace tardado; aunado a ello el auto que lo resuelve es apelable según la Ley del Organismo Judicial. Las Salas de lo Contencioso Administrativo sustentado el criterio que esto atenta el principio de única instancia que rige el proceso Contencioso Administrativo, sin embargo, la inadmisibilidad de la nulidad cuando existen eminentes violaciones al proceso y a la ley ha generado violaciones a garantías constitucionales.” (p.105).

(Perez Ortiz, 2013) Bogotá, Colombia, en su tesis afirma que:

“Los Actos Administrativos dictados con base en la ley, han sido declarados en algunos casos nulos, otros pierden su eficacia por regla general, carecen de fundamento de derecho; carecen de motivación, por vía de excepción, cuando existan situaciones jurídicas concretas, si ellas nacieron o tuvieron origen al amparo de la ley posteriormente retirada del orden jurídico, sus consecuencias no pueden afectar las situaciones consolidadas durante su vigencia.” (p.138).

1.5. Justificación de la investigación

Justificación teórica

La presente investigación se justifica por el estudio de la institución jurídica denominada contratación administrativa cuya eficacia como resultado genera inquietudes de la polémica de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, resulta importante averiguar si el cobro del el 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro cumple con los fines para los fueron instituidas las Contrataciones del Estado, esto es, asegurar y garantizar la

libertad de concurrencia de proveedores, que implica que las Entidades promuevan el libre acceso y participación de proveedores en los procedimientos de selección que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias y no adoptar de prácticas que limiten o afecten esta libre concurrencia.

Justificación metodológica

El cobro del 3% trae aparejada graves consecuencias económicas, jurídicas e incluso sociales, al permitir la supervivencia del estado de cosas e impedir el cambio que muchas veces la norma constitucional, legal o administrativa persigue. Sin embargo, aún las Entidades Públicas no orientan sus funciones en esa perspectiva, entonces queda trabajar para que se obtenga el cumplimiento de la norma constitucional y demás normas de nuestro ordenamiento jurídico.

1.6. Limitaciones de la investigación

Las limitaciones son esencialmente de tiempo y disponibilidad de información debido a que la normatividad de contrataciones específica sobre el tema de la investigación es escasa.

1.7. Objetivos de la investigación

-Objetivo general

Determinar las causas que influyen para el cobro a los proveedores en un procedimiento de selección por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.

-Objetivos específicos

- Identificar los posibles errores u obstáculos que generan que los proveedores en un procedimiento de selección tengan que pagar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) el 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.
- Coadyuvar en la edificación de una cultura constitucional.
- Proponer alternativas de solución para que los proveedores ya no tengan que efectuar el pago de esta garantía para presentar Recurso de Apelación.

1.8.Hipotesis

1.8.1. Hipótesis principal

El cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro vulnera los derechos de defensa, debido procedimiento, igualdad de los proveedores participantes, así como la libre competencia y concurrencia, la libertad de empresa y constituye un Abuso del derecho.

1.8.2. Hipótesis específicas

Primera hipótesis específica:

El cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro se ha convertido en un mecanismo meramente formal y un requisito sumamente oneroso que constituye un obstáculo para la libre concurrencia de postores.

Segunda hipótesis específica:

La sola regulación en la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, ordenándole a las Entidades públicas promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias no constituye una garantía para el cumplimiento del principio de libre concurrencia.

Tercera hipótesis específica:

La práctica sistemática del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) de cobrar el 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro afecta e incide negativamente en la construcción de una cultura constitucional en los procesos del Contrataciones del Estado.

II.MARCO TEÓRICO

2.1 Marco conceptual

El contrato

Los contratos son acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial.

(Alzate Monroy, 2008) en términos generales precisa que:

“Un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”.

(De la Puente y Lavalle, 2011) Atendiendo a la definición dada por nuestro Código Civil, manifiesta que:

“El contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial”.

En dicha interpretación, Manuel De la Puente y Lavalle refiere tres particularidades del contrato: i) acto jurídico debido a que manifiesta la voluntad de crear, modificar o extinguir un derecho, ii) plurilateral porque necesariamente varias partes tienen que manifestar sus voluntades y iii) naturaleza patrimonial en tanto está relacionado a bienes o intereses que posean una naturaleza económica.

Asimismo, (Albaladejo García, 2002)ha definido al contrato como un término bidimensional, de la siguiente manera:

“El término “contrato” se utiliza en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. El primero, significa negocio jurídico bilateral (o plurilateral), consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que se derivan cualesquiera efectos jurídicos. En tal sentido, contrato es sinónimo de convenio o convención jurídica, y el campo en que puede darse es el de todo el derecho civil. En el segundo sentido, o sentido estricto, el término “contrato” se reduce al campo del derecho de obligaciones, significando acuerdo de voluntades de dos mas más partes por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones”. (p.85).

Libertad de Contratación

Si la libertad contractual y la autonomía privada derivan de la ley, no puede discutirse el poder de la ley para restringirla o, en ocasiones, para anularla, por lo cual, es legítima la pregunta en torno a si existe hoy en día un fundamento supra legal, más precisamente constitucional, de la libertad contractual. Enseguida hay que responder que en la Constitución Española no es fácil dar respuesta a esta duda, pues ninguno de los preceptos institucionales parece referirse a esta cuestión. (Diéz Picazo, 2016)

De lo anterior se infiere que generalmente los contratos se perfeccionan por la voluntad expresa de las partes, los mismos que deben contener como mínimo los principios de la libertad de contratar y la libertad contractual. Entendiéndose como libertad de contratar a la expresión

interna y libre de suscribir un contrato asumiendo con ello las condiciones contractuales; sin embargo, la libertad contractual está referida a los límites contemplados en nuestra normativa de código civil.

El artículo 1354° del Código Civil reconoce el principio de la autonomía de la voluntad al establecer que:

“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley”

En ese sentido, el artículo 2°, inciso 14 de la Constitución Política del Perú preceptúa lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a contratar con fines Lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público".

En primer lugar, es importante destacar que, en cuanto al origen de la autonomía privada, la norma bajo análisis reitera la opción de nuestro ordenamiento legal por la tesis normativista: el Estado otorga la potestad de autorregulación de sus intereses a los particulares, los cuales la ejercen en observancia de los límites que aquél pudiera establecer, mediante las normas de orden público, Esto implica la subordinación de la libertad de contratación al ordenamiento estatal imperativo, en el marco del ya mencionado "dirigismo contractual".

En segundo lugar, para poder precisar hasta dónde llega el intervencionismo estatal en la contratación, es decir, si puede afectar sólo los pactos por celebrar o inclusive los que están en

plena ejecución, sería importante determinar previamente cuál es el modelo económico propugnado por nuestra Carta Magna.

Esto implicaría que, a pesar de optar la Constitución de 1993 eventualmente por una economía de mercado, no circunscribiría el "dirigismo contractual" a los pactos futuros, sino que permitiría su pleno desarrollo que, hoy en día, inclusive afecta a los pactos ya celebrados y la libertad de contratar.

De cualquier manera, es importante recapitular en este momento que la autonomía privada, sea individual o colectiva, está consagrada en nuestro texto constitucional como un derecho fundamental, a través de la libertad de contratación y la negociación colectiva, respectivamente. Y, en ambos casos, se reconoce explícitamente una prevalencia del ordenamiento estatal sobre la autonomía privada, debiendo ser ejercitada ésta dentro de los límites impuestos por aquél.

Por su lado, el artículo 62º de la Constitución Política del Perú dispone que:

"La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

La primera oración del artículo 62° parecería denotar la observancia de las normas imperativas por la libertad de contratación al momento de celebrar el pacto, no después. Consideramos que a ello alude la sujeción de la "validez del pacto" a las "normas vigentes al tiempo del contrato". Así, el "dirigismo contractual" estaría ratificado respecto de los contratos futuros.

Sin embargo, la segunda oración de dicha norma estaría negando de plano la posibilidad de extender el "dirigismo contractual" a los pactos ya celebrados, pues señala categóricamente que "los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase"; con lo cual deberíamos entender el artículo 2°, inciso 14 de la Constitución como únicamente referido al "dirigismo contractual" para los contratos futuros.

Por su lado, el artículo 1354° del Código Civil señala textualmente lo siguiente:

"Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo".

Es importante precisar que la libertad de contratación tiene un doble contenido: por un lado, la libertad de contratar o de conclusión, que supone la potestad de decidir la contratación, sabiendo que con ello se van a crear derechos y obligaciones; y, por otro lado, la libertad contractual o de configuración interna, que implica la posibilidad de determinar el contenido del contrato, a través de los derechos y obligaciones pactadas. La segunda manifestación presupone la primera. Para que exista libertad contractual es imprescindible que exista libertad de contratar (Larenz, 1985)

De manera que, la norma bajo comentario consagra la vigencia de la segunda manifestación de la libertad de contratar la libertad contractual. Probablemente, no regula expresamente la primera, libertad de contratar, por cuanto, como hemos señalado, la libertad contractual presupone la existencia de la libertad de contratar. Para poder darle contenido al contrato, los sujetos de derecho deben previamente estar en posibilidad de escoger el tipo contractual, el momento de celebración del contrato y la identidad de la contraparte.

Ahora bien, la norma en mención no consagra la libertad contractual en términos absolutos. Hay una limitación inmediata: su compatibilidad con las normas legales de carácter imperativo. Los contratantes deben observar los mandatos preceptivos o prohibitivos de tales normas estatales. De no hacerlo, sobrevendrá una sanción consistente en la nulidad de lo pactado.

En tal sentido el artículo V del Título Preliminar del Código Civil preceptúa que:

"Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

Como hemos visto, toda norma de orden público es imperativa, pero no toda norma imperativa es de orden público, pudiendo proteger también intereses particulares. En esa medida, en rigor, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil sólo enuncia la nulidad de las normas que derivan de derecho cogente público, no de las que preservan intereses particulares. Pero, el artículo 1354° del Código Civil señala que toda norma legal imperativa, proteja al orden público o intereses particulares, debe ser observada por los contratantes, se entiende bajo sanción de nulidad de lo pactado.

El hecho de que la libertad contractual no pueda ser ejercida en términos absolutos, denota claramente una opción por la tesis normativista en cuanto al origen o fundamento de la autonomía privada. La potestad de autorregulación de intereses que implica ésta, y que se refleja en la libertad de contratación, no es originaria, sino derivada. Es el Estado el que la otorga a los particulares, pudiendo establecer límites dentro de los cuales podrá ser ejercida. Estos límites son precisamente las normas imperativas.

En ese sentido, debe advertirse que la norma se sitúa en una hipótesis en la cual las normas imperativas son preexistentes al contrato. Una vez que las partes deciden el tipo contractual, el momento de celebración del contrato y la identidad de la contraparte (libertad de contratar), proceden a darle contenido al pacto, para lo cual deben observar las normas imperativas existentes en ese momento en el ordenamiento jurídico estatal. No estamos en el supuesto de que tales normas sean sobrevinientes al contrato ya celebrado y configurado.

En esa línea, el artículo 1355° del Código Civil dispone a la letra que:

"La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

Al igual que la norma anterior, la norma bajo análisis permite el establecimiento de límites estatales al contenido de los contratos, es decir, a la libertad contractual. Pero, mientras el artículo 1354° del Código Civil consagra en primera instancia la libertad contractual, con la salvedad de la observancia de las normas imperativas; el artículo 1355° pone énfasis directamente en éstas,

justificando la intervención estatal en el ejercicio de la libertad contractual en función al interés social, público o ético.

Este fenómeno del intervencionismo estatal en el contrato, denominado "dirigismo contractual" (Josserand, cit. en De La Puente y Lavalle, 1991, p. 300), se ha desarrollado en el contexto de un movimiento jurídico de gran envergadura: la "socialización" del contrato. Esta implica que, los derechos y obligaciones pactadas deben ser ejercidos funcionalmente, en atención a los fines económicos, éticos y sociales que el ordenamiento legal pretende concretar (Spota, 1975).

Dichos objetivos estatales se han configurado a partir de la constatación que la libertad e igualdad jurídicas propias del liberalismo, es decir, irrestrictas, son fuentes de injusticia, por la imposición del económicamente fuerte sobre el débil en la relación contractual. Entonces, el Estado decidió ampliar su rol, antes limitado a la protección del orden público y las buenas costumbres, y comenzó a intervenir activamente en el restablecimiento del equilibrio contractual económicamente roto, a través de la protección del económicamente débil (De la Puente y Lavalle, 2011)

Expresión de esta tendencia son figuras como la rescisión del contrato que lesiona a las partes o a una de las partes y de su resolución desmesurada del compromiso por prestación, el incremento de los modelos contractuales, la conjetura de la culpa leve en el compromiso contractual de las partes, la inclusión involuntaria de las cláusulas legales, la contratación obligatoria o la participación administrativa mediante las cláusulas generales.

Ahora bien, hemos afirmado que el artículo 1354° del Código Civil alude a la observancia de las normas imperativas preexistentes al contrato, no a la posibilidad de afectación de las cláusulas contractuales por normas imperativas sobrevinientes. Esta hipótesis podría ser negada por el principio del "pacta sunt servanda" en el sentido que las obligaciones y derechos asumidos por las partes son vinculantes entre sí, no pudiendo ser modificados por normas posteriores al momento del pacto. Ello equivaldría a crear una relación jurídica distinta a la querida por las partes. Además, supondría una aplicación retroactiva de las normas sobrevinientes (Ibid, p. 3 I 4).

Desde esa perspectiva, las nuevas normas imperativas sólo podrán afectar los nuevos contratos, celebrados después de su entrada en vigor. En esa medida, el artículo 1355° también se ubicaría en el supuesto de la observancia de normas imperativas preexistentes al contrato. Ello sería redundante, pues ya el artículo 1354° contempla dicha pauta. Así, el artículo 1355° sería innecesario y, por tanto, no tendría efecto propio alguno.

Sin embargo, una de las reglas básicas de interpretación normativa consiste en darle a las disposiciones un sentido o significado en el que tengan algún efecto jurídico. En esa perspectiva, el artículo 1355° sólo tendría un ámbito de actuación peculiar si se asume que permite la afectación de las cláusulas contractuales por normas imperativas sobrevinientes (Ibid., p. 3 I 5).

Esta lectura encuentra sustento en el artículo del Título Preliminar del Código Civil, que consagra la teoría de aplicación temporal de las normas denominada "de los hechos cumplidos", según la cual la aplicación inmediata de las normas permite, inclusive, la afectación de los efectos no cumplidos de los actos ya celebrados (Rubio Correa, 1999). De este modo, la aplicación de las

normas imperativas sobrevinientes a las cláusulas contractuales, supondría la aplicación inmediata a los efectos no cumplidos del acto contractual. Ello descarta el argumento de una pretendida aplicación retroactiva de tales normas.

Como puede apreciarse, la limitación del ejercicio de la autonomía privada por normas imperativas estatales, consagrada en nuestro Código Civil, puede alcanzar no sólo a los contratos por celebrar, sino también a los ya celebrados.

En ese orden de ideas, el artículo 1357° del Código Civil precisa que:

"Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato."

Esta regla excepcional alude a los convenios de estabilidad jurídica, que son acuerdos escritos suscritos entre el Estado e inversionistas o empresas receptoras de inversiones, por medio de los cuales el primero se obliga a mantener el régimen legal vigente al momento de celebrar los pactos, en contraprestación de ciertos actos requeridos por el Estado. (Reyes Tagle, 1995)

De esta manera, las garantías y seguridades suponen la mantención del régimen tributario vigente al momento de celebrarse los convenios; del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos de libre remesa de capitales y dividendos al exterior y, de utilizar el tipo de cambio más favorable; del derecho a la no discriminación por el origen de la inversión; de los regímenes de contratación de trabajadores en cualquiera de sus modalidades; del régimen tributario para los contratos de arrendamiento financiero; y, de los regímenes de promoción de exportaciones. (Decreto Legislativo No. 662, artículo 12°, inc. b).

La voluntad estatal de celebrar los convenios en mención, se manifiesta a través de la norma autoritativa para pactarlos. Esta determina previa y unilateralmente las condiciones de tales acuerdos, no existiendo posibilidad de negociar los términos de las garantías y seguridades ni las obligaciones que asumen los inversionistas. Estos simplemente manifiestan su deseo de acogerse al régimen de estabilidad jurídica preestablecido legalmente.

Bases Teóricas

ACTOS ADMINISTRATIVOS

(Cervantes Anaya, 2004), señala que:

El acto administrativo supone el ejercicio de actividades o casos concretos, de ahí que todo acto que tenga carácter general o abstracto no será un acto administrativo, pero podrá ser un acto de la administración.

Desde un punto de vista material, el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de un órgano del Estado, sea este administrativo, legislativo o judicial, con tal que el contenido del mismo sea de carácter administrativo.

Los actos administrativos, según la materia o rango, pueden ser expedidos por:

- a) El Presidente del Perú elegido democráticamente o por mandato imperativo.
- b) Los Ministros y Viceministros de cada pliego.

- c) Los Directores ejecutivos, Gerentes (funcionario público), Jefes de Organismos Autónomos, entre otros.
- d) Los Gobernadores Regionales y alcaldes de gobiernos provinciales y distritales.

A su vez, los actos administrativos también pueden ser expedidos en los Poderes tanto Judicial como Legislativo; en el Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Contraloría General de la República, etcétera.

Asimismo, el numeral del artículo 1° del capítulo 1 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, incorpora una definición del acto administrativo en los siguientes términos:

“Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

De la misma forma, el numeral 1.2 del artículo 1° del capítulo 1 de la ley en mención, indica cuales no son actos administrativos:

“No son actos administrativos, los actos de administración interna de las entidades, destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan”.

Los actos dictados por una autoridad administrativa se presumen legítimos en tanto su invalidez o disconformidad con el ordenamiento jurídico no sea expresamente declarada por quienes están facultados legalmente para constatarlos. Dicho principio consagra una presunción *iuris tantum* y tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la Administración Pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la Administración sobre la base de cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos. (Guerrero, 2016)

De igual forma, como señala el profesor argentino (Cassagne, 1994):

“Si no existiera tal principio, toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla normal en el cumplimiento de los actos administrativos, obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer el interés individual y privado al bien común, sin atender a la preponderancia que aquellos representan como causa final del estado”.

Es por ello, que la Administración Pública debe servir con objetividad al interés común, actuando siempre con bajo lo dispuesto en la normativa de acuerdo al rango de ley, y sus actos gozan, por ello de la presunción de validez, siendo inmediatamente ejecutivos. Es evidente, sin embargo, que la actuación administrativa no solo no está exenta de incurrir en infracción del ordenamiento jurídico, sino que no es infrecuente que ello ocurra. El régimen de invalidez de los actos administrativos, tiene así una importancia capital.

NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Conforme a los principios básicos del Derecho Administrativo, un acto de la autoridad oficial es válido cuando reúne los siguientes requisitos:

- a) Objeto o propósito lícito.
- b) Autoridad competente
- c) Procedimientos y requisitos arreglados a las normas legales preestablecidas, incluyendo la motivación.

En sentido contrario, cuando un acto administrativo, sea cual fuere la jerarquía del funcionario o del organismo que lo hubiere expedido, adolece de cualquiera de los vicios antes mencionados y que están especificados en la respectiva Ley, deviene automáticamente en nulidad absoluta de pleno derecho es nulidad.

Asimismo, el artículo 9º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que:

“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.”

La nulidad se basa en dos posiciones – la nulidad radical, absoluta o de pleno derecho, de un lado, y la nulidad relativa o anulabilidad, de otro- los tipos básicos de invalidez, si bien en la doctrina existen posiciones que aluden a un tercer y polémico tipo: la inexistencia. (Parejo Alfonso, 2018).

Del fundamento de la potestad anulatoria que el ordenamiento administrativo confiere a la Administración Pública para revisar de oficio sus propios actos administrativos existen en la doctrina comparada dos posiciones: la adoptada por los autores españoles quienes atribuyen a la prerrogativa otorgada a la Administración para la realización de los intereses públicos sin necesidad de acudir al Poder Judicial, y la posición de quienes como el profesor argentino Julio Rodolfo Comadira la encuentran en el «interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad», es decir, en la salvaguarda del principio de legalidad. (Comadira, 2000)

Como menciona el profesor Comadira, al contradecir que la facultad otorgada a la Administración Pública para la declaratoria de nulidad de oficio de los actos administrativos encuentre su base en la preeminencia de autotutela determinativa porque se estaría vulnerando la forma y el fondo de las pronunciamientos emitidos por el Estado representado por la administración pública en sus distintos niveles de gobierno, cuando en realidad el fin debe estar orientado a sustentar las decisiones bajo el amparo del principio de legalidad de todo acto administrativo.

Como se puede apreciar el legislador nacional ha querido armonizar la tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, estableciendo el plazo de un año para que la Administración pueda unilateralmente declarar en sede administrativa la nulidad de sus propios actos, pero a cuyo vencimiento en garantía de la imparcialidad y objetividad sólo se le permite dentro del plazo de dos años adicionales acudir ante el Poder Judicial para que sea otro poder del Estado, es decir, un tercero imparcial, el que verifique la legalidad de los actos emitidos por la Administración promotora del proceso contencioso administrativo. (Morón Urbina, 2008)

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, considera la Nulidad de pleno derecho y considera como excepciones la anulabilidad y la conservación del acto. No considera la inexistencia del acto.

En este aspecto, el artículo 10° de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General señala los motivos de nulidad de oficio de pleno derecho de los actos administrativos:

a) La transgresión a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

La contravención de mayor relevancia al marco legal respecto al acto administrativo son las decisiones administrativas sin sustento de juridicidad contraviniendo las normas según rango de ley debido a que un Estado Democrático y Constitucional de Derecho refiere en que la Administración Pública sólo puede actuar bajo el principio de legalidad.

Es importante tener presente que la citada causal en cuanto sanciona con nulidad la contravención a todo tipo de norma legal, incluso la reglamentaria, está puntualizando las diferencias entre el acto administrativo como una declaración de la Administración Pública “en el marco de normas de derecho público” (García de Enterría & Fernández , 2004).

Debido a ello, el artículo 5.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que:

“Un acto administrativo jamás podrá contravenir disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias, sin importar que éstas últimas hayan sido dictadas por autoridades de

inferior jerarquía o incluso por la misma autoridad que dictó el acto administrativo en cuestión.”

b) La deficiencia o la supresión de alguno de los requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere al art. 14.

La deficiencia afecta esencialmente a los componentes constitutivos de los actos administrativos dispuestos en el artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y desarrollados por los arts. 4°, 5° y 6° de la misma, constituyen causal de nulidad de los indicados actos excepto que sean de empleados los supuestos de conservación del acto administrativo establecidos en el artículo 14° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Conforme se ha señalado, el orden público se pronuncia con mayor o menor fuerza en oposición a los actos administrativos que lo contravengan según la dificultad del vicio que lo afecta. Por ello, el artículo 14° de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que:

“(…) En el caso de actos administrativos que padezcan de vicios en su formación caracterizados expresamente como no trascendentes, no corresponde declarar su nulidad sino proceder a su enmienda por la propia autoridad emisora con la finalidad de que cumplan la función a la que estaban destinados.”

Así, por ejemplo es causal de nulidad los actos administrativos emitidos por órgano expresamente negado o no competente por razón de la materia, territorio (trasgresión de competencia de parte de un Gobierno Local de un acto que le es propio del Gobierno Regional); así también son causales de nulidad los actos que tengan un contenido imposible, por ejemplo falta de sustrato personal (se ha designado en un cargo de confianza a una persona ya fallecida), o que el Concejo Municipal tome acuerdos sin haberse convocado a todos sus miembros y sin el quórum establecido en la ley o el reglamento interno del Concejo.

- c) **Los actos explícitos o los que susciten como resultado de la aceptación instantánea o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derecho, cuando son opuestos al ordenamiento legal, o cuando no se efectúa con las formalidades, documentación o tramitación fundamental para su adquisición.**

Se contempla por primera vez con carácter expreso la oportunidad que se pueda disponer la nulidad de los actos que fueron emitidos en relación a los procedimientos administrativos de aprobación automática señalados por el art. 31° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y de los actos administrativos producidos por silencio administrativo positivo en las actuaciones de evaluación previa de acuerdo a lo establecido en el artículo 33° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

De acuerdo con el artículo 31° de la Ley del Procedimiento Administrativo General en los procedimientos de aprobación automática se refiere a la aceptación administrativa del requerimiento presentado por el administrado, que se materializa con el cargo de recepción

con el sello de la entidad; dejando de lado el manifestación expresa de la Administración; para luego ser sometidas a una fiscalización posterior de conformidad de lo señalado en el artículo 32° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por lo contrario, los procedimientos administrativos de evaluación previa donde se cuenta con el plazo de 30 días hábiles para poder comprobar la realización de los requisitos y/o la autenticidad de la documentación presentada por el administrado antes de resolver.

Como es de entenderse, el silencio administrativo positivo se constituye con el fin de atacar negligencia o la lentitud administrativa, conforme lo dispuesto en el artículo 33° de la Ley del Procedimiento Administrativo General el olvido de una decisión formal administrativa dentro de los plazos establecidos (procedimientos administrativos de evaluación previa), corresponde un pronunciamiento aprobatorio mediante un acto administrativo del requerimiento del administrado; siendo este acto puede ser revocado cuando sea emitido en contravención al ordenamiento jurídico, debiendo declararse la nulidad de oficio de conformidad al artículo 202° de la referida Ley.

La posibilidad de declarar la nulidad del acto administrativo presunto de carácter favorable al particular obtenido como consecuencia del silencio administrativo positivo tiene por finalidad evitar que se utilice abusivamente dicha técnica para obtener beneficios indebidos o contrarios al ordenamiento jurídico, porque es evidente que no se puede adquirir por silencio administrativo positivo lo que no es posible otorgar legítimamente de modo

expreso. Por aplicación de esta causal se sanciona tanto el acto expreso como el acto tácito.
(Morón Urbina, 2008)

d) Los actos administrativos que sean constituyentes de infracción penal, o que se dictaminen como resultado de la misma.

Esta causal de nulidad establece tanto los actos emitidos por la Administración que son constitutivos en sí mismos de transgresión penal (delitos y faltas) como los actos que se dictaminen ulteriormente como consecuencia directa de incurrir dicha infracción.

Esta causal de nulidad se configura cuando la sentencia que sanciona un delito o falta penal se encuentre consentida y ejecutoriada. En ese sentido, los plazos deben ser mayores a los señalados en los artículos 207° y 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuanto se trate de declarar la nulidad (de parte o de oficio) de los actos administrativos.

De igual forma, el artículo 11.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que los particulares podrán petitionar la nulidad de los actos administrativos únicamente mediante los recursos administrativos (Apelación, Revisión), siendo claro que no es posible la presentación de otros medios impugnatorios para solicitar la nulidad de los actos administrativos llámese “Recurso de Nulidad”, siendo esta figura jurídica permitida en otras legislaciones como el español y argentino.

El numeral 11.2 del artículo 11° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece la instancia competente para declarar la nulidad:

“(…) Es competente la autoridad superior de quien dictó el acto administrativo viciado, lo cual determinad que en caso que la nulidad sea solicitada mediante la interposición de un recurso administrativo deba emplearse preferentemente el recurso de apelación o, de corresponder legalmente, el de revisión, porque en ambos casos la resolución de los citados recursos corresponde a autoridades de jerarquía superior a quien dictó el acto administrativo materia de impugnación.”

Cuando el acto administrativo viciado ha sido emitido por funcionario que no cuenta con jerarquía superior; la nulidad puede ser resuelta mediante resolución del funcionario que emitió el acto nulo, tomando como figura legal la motivación del recurso de reconsideración.

El numeral 11.3 del artículo 11° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que:

“La resolución que declare la nulidad de un acto administrativo se debe disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de emisor del acto que se está invalidando, lo cual constituye una medida que tiene por finalidad disuadir la realización de conductas atentatorias contra la legalidad por parte de quienes ejercen función administrativa. Por tanto, en los casos en que la autoridad jerárquicamente superior declare la nulidad de un acto administrativo, ya sea a pedido de parte o de oficio, deberá disponer que se inicie el correspondiente procedimiento disciplinario contra el funcionario que emitió el acto invalidado”.

Cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 239° de la Ley del Procedimiento Administrativo General se tipifica las faltas administrativas aplicables a los funcionarios públicos; sin excepción del régimen laboral que tuvieran; al incurrir en una manifiesta ilegalidad entre otras causales.

Con relación a lo señalado, el artículo 238.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que al declararse la nulidad de un acto administrativo (de parte, de oficio, resolución judicial); no le otorga de manera inmediata el derecho al pago de una indemnización.

El artículo 12.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que:

“La declaración de nulidad de un acto administrativo basada en una constatación objetiva de los graves vicios que aquejan al acto, retrotrae sus efectos hacia el momento mismo en que el acto nació o sufrió del vicio que lo afecta.”

Esta figura jurídica contemplada en el numeral 17. 2° artículo 17.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que al declararse la nulidad del acto administrativo; surte efectos desde su emitió o tubo vida el acto, con carácter enunciativo.

(Meier, 2011)señala que:

“El acto administrativo declarado nulo no es susceptible de generar efectos jurídicos válidos, desaparece de la vida jurídica como si nunca hubiera existido, los efectos

producidos se pierden, se borran, y por supuesto tampoco podrá generar efectos para el futuro.”

Los derechos adquiridos de buena fe por terceros son la excepción a la regla de la retroactividad; ello se encuentra establecido en el numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que:

“(…) De manera expresa que respecto de dichos terceros la proclamación de la invalidez del acto sólo producirá efectos a futuro. Tal sería el caso de personas que no participaron del procedimiento administrativo que dio lugar a la formación del acto viciado pero que podrían ser afectados en sus derechos por las consecuencias derivadas de la declaración de invalidez del acto.”

Sobre este punto la normativa administrativa predomina la certeza o firmeza legal versus el principio de legalidad, obstaculizando de manera inmediata que el objeto o finalidad de la declaración de nulidad de un acto administrativo, que ha sido el sustento para obtener derechos de buena fe, pueda perjudicarles retroactivamente.

El numeral 12.2 del artículo 12 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en concordancia con lo dispuesto por el numeral anterior, establece que:

“El acto expresamente declarado nulo pierde toda fuerza vinculante para los particulares y para el personal al servicio de la Administración Pública, respecto de los cuales incluso se

dispone de manera imperativa la obligación de oponerse a todo intento de ejecución del acto invalidado. Declarado nulo el acto desaparece la presunción de validez contenida en el artículo 9° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.”

También se encuentra establecido en el numeral 12.3 del artículo 12 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la figura legal cuando el acto nulo se hubiera consumado y no sea posible retrotraerse sus efectos; esta norma señala que:

“En dichos supuestos sólo cabe demandar la responsabilidad del emisor del acto invalidado y que, de ser el caso, se le exija el pago de una indemnización para el posible perjudicado por el acto declarado nulo.”

Es así que, el numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley del Procedimiento Administrativo General determina que:

“La declaración de nulidad de un acto administrativo producido en el seno de un procedimiento administrativo obliga a reponer las actuaciones administrativas al momento del trámite en que se generó el acto viciado.”

En esa línea, el numeral 13.1 del artículo 13 de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que:

“La declaratoria de invalidez de un acto administrativo sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento cuando estén vinculados a él, por lo que sería innecesario que la Administración tenga que repetir de nuevo las actuaciones posteriores que sean independientes del acto que incurrió en la infracción.”

Al respecto, se entiende que al declararse nulo el acto durante el desarrollo de un procedimiento administrativo, los actos que se tramitaron con posterioridad de cometerse la infracción; siempre y cuando no tenga relación con el acto anulado; tienen validez y permanencia.

En opinión de Beladiez, cuando comenta el numeral 64.1 artículo 64 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común española que ha servido de fuente de inspiración para el citado artículo 13.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Peruana), la finalidad que se pretende conseguir al ordenar conservar los actos procedimentales que no dependan de! invalidado, supuesto de carácter excepcional, es evitar que la Administración tenga que dictar de nuevo esos actos de trámite cuando reinicie e! procedimiento, lo que encuentra justificación en el principio de economía procesal. (Beladiez Rojo, 1994)

En relación a ello, como ejemplo de aplicación del numeral 13.1 del artículo 13 de la Ley del Procedimiento Administrativo General es en el desarrollo de los procedimientos de selección regulados en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento se determine mediante acto administrativo declarar la nulidad en cualquiera de sus etapas por haber incurrido en algún vicio; en ese sentido las acciones producidas con posterioridad al acto declarado nulo quedan sin efecto.

El numeral 13.2 del artículo de la Ley del Procedimiento Administrativo General se refiere que:

“La nulidad parcial de un acto administrativo, disponiendo que cabe declarar la invalidez de sólo la parte viciada de un acto, conservándose la parte del contenido del acto que sea independiente o no accesoria de la infractora.”

En razón a ello, se puede ejemplificar el referido dispositivo legal en mención cuando se otorga una licencia de funcionamiento para un local comercial de venta de alimentos, esta licencia es otorgada con una condición accesoria que es la venta de alimentos sea solo de pollo sancochado; esta condición es no establecida en la ley, ante dicho acto administrativo emitido con condiciones no previstas en la normativa legal se puede declarar la nulidad parcial del acto.

El numeral 13.3 del artículo 13.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que:

“Cuando se declare la nulidad de un acto administrativo, por vicios de forma cometidos durante la tramitación de un procedimiento administrativo, deben conservarse aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el citado vicio”.

El ilustre profesor español González Pérez, señala que:

“(…) Parece necesario que exista una declaración expresa de los actos o trámites que se conservan pudiendo entenderse que, de no hacerse así, la «nulidad de actuaciones» afectará

a todos los ulteriores que no fuesen independientes. La declaración de nulidad o anulabilidad deberá, pues, contener un acuerdo sobre los posibles actos y trámites que se mantienen (...)”.

Debemos tener en cuenta que de conformidad con el numeral 206.2 del artículo 206 de la Ley del Procedimiento Administrativo General los actos internos de un procedimiento administrativo no son materia de impugnación distintos a los actos decisorios finales sobre el fondo.

El numeral 217.2 del artículo 217 de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que, al resolver el recurso impugnatorio interpuesto por el administrado contra el acto administrativo, se debe dejar claro en la decisión la existencia de los vicios de forma y si estos permiten resolver el recurso, de no ser posible se deberá opinar respecto al fondo del asunto, disponiendo con ello la retroactividad del procedimiento al tiempo que se cometió el vicio.

Sobre el particular, la oportunidad que se declaren nulos de oficio los actos administrativos cuando hayan sido emitidos bajo algún vicio de nulidad y estos agraven el interés público; es una ocasión en que la Administración se reivindique ante algún acto arbitrario y lesivo que perjudique a los particulares (artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General).

Igualmente, el artículo 201° y 203° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece dos instrumentos de revisión de oficio: 1) la rectificación de errores materiales relacionado a enmendar los errores de redacción o numéricos y 2) la revocación como una decisión

que produce la extinción de actos administrativos a razón de con fundamento en razones de oportunidad, por protección a los derechos de los particulares.

Es posible también que los administrados puedan requerir a la Administración declarar nulo de oficio algún acto administrativo que contenga algún vicio; dicho requerimiento no se estaría tramitando como un recurso impugnatorio por lo tanto no se encuentra revestido de los requisitos de forma y de fondo exigidos en el recurso administrativo.

El numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que toda pretensión de requerir se declare la nulidad a impulso de parte de señalarse expresamente en el recurso impugnatorio, el mismo que debe estar revestido de los requisitos exigidos por ley.

Existe diferencia en un acto administrativo declarado nulo de oficio de un acto administrativo revocado, los mismos que señalo:

- a. Los actos declarados nulos de oficio se producen debido que contravienen el principio de legalidad (vicios de legalidad); por el contrario, el acto de revocación se produce por circunstancias de mera oportunidad a favor del interés público (vicios de mérito).
- b. El acto declarado nulo de oficio es declarado exclusivamente por el funcionario superior de quien emitió el acto, en el supuesto que el acto declarado nulo fue emitido por la autoridad máxima o no cuenta con superior, la nulidad es emitida por el mismo; caso

contrario el acto administrativo revocado únicamente emitido por el funcionario titular de la entidad.

- c. La potestad de declarar la nulidad de oficio es un deber de la Administración al demostrarse la existencia de un acto viciado; por otro lado, en el acto de revocación la Administración puede actuar de manera discrecional.
- d. La acción de la declaratoria de la nulidad de oficio de un acto administrativo cuenta con un plazo, de: 1) un año a contar desde que el acto administrativo se consintió, 2) dos años para que la Administración al vencer el consentimiento del acto administrativo para requerir revisión al Poder Judicial, o de tres años para exhortar la revisión judicial de los actos administrativos de los tribunales administrativos; no existiendo plazo regulado para los actos de revocación.

El artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

“La potestad de la Administración Pública de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos no sólo está sujeta al estricto cumplimiento de los requisitos establecidos por dicho precepto, sino que en determinados supuestos se transforma en la potestad de promover ante el Poder Judicial la revisión de sus propios actos mediante el proceso contencioso administrativo”.

Cabe mencionar que, la nulidad de oficio no es procedente cuando en el acto administrativo se detecten vicios no trascendentales que no tienen relevancia en la decisión de fondo, en aquellos casos se debe de oficio subsanar el acto. Dicha preeminencia de la Administración de invalidar de

oficio sus actos sólo puede efectuarse cuando medien razones de rigurosa legitimidad que la coaccionen a la comprobación de sus propias actuaciones para eliminar o invalidar aquellas que resulten aquejadas de peligrosos vicios de invalidez definitiva y radical opuestos al ordenamiento jurídico.

Asimismo, el artículo 202.1 de la referida Ley, exige la presencia del agravio al interés público en la nulidad de oficio, requisito que se complementa con potestad de la Administración de declarar de oficio la nulidad.

Uno de los requisitos se refiere que la nulidad de oficio en relación a la jerarquía de la estructura funcional de la Administración, es decir al funcionario superior puede disponer la nulidad de oficio del acto resuelto por el funcionario subordinado; excepto que el de la entidad acto administrativo fue emitido por el funcionario no este subordinado jerárquicamente, siendo en este caso el mismo quien deberá resolver.

Otro requisito es la temporalidad, si el acto administrativo quedó firme la Administración está facultada para declarar la nulidad de oficio pese a que el acto administrativo en cuestión haya quedado firme, siendo cuando se ha agotado los plazos para interponer algún recurso impugnatorio, debiendo transcurrir un año computados desde que el acto quedo consentido (artículo 212° de la Ley del Procedimiento Administrativo General).

En comparación con otros países es contrario al ordenamiento nacional dado que la facultad de la Administración para declarar la nulidad de oficio se puede realizar en cualquier instante, no existiendo plazos para ejercerla.

El artículo 202° de la referida ley, también señala lo siguiente que:

“La nulidad de oficio puede ejercerse tanto respecto de aquellos actos que han sido materia de impugnación por los interesados en la vía administrativa mediante los recursos administrativos previstos legalmente, como respecto de aquellos actos que no han sido impugnados dentro de los plazos establecidos legalmente y que por tanto se consideran firmes, y de aquellos actos que habiendo sido impugnados y resuelto desfavorablemente por la Administración el respectivo recurso formulado por los interesados no son oportunamente impugnados en sede administrativa o judicial y por tanto se consideran consentidos por los obligados.”

De conformidad literal d) del numeral 218.2 artículo 218.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que:

“Las resoluciones de la Administración Pública que declaren de oficio la nulidad de sus propios actos agotan la vía administrativa y por ende no pueden ser objeto de impugnación por los interesados en sede administrativa, los que sólo podrán cuestionarios ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo o de los procesos constitucionales correspondientes si se considera afectado en algún derecho constitucional.”

Queda claro que la Administración luego de vencer el plazo de un año puede interponer vía proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial y solicitar la nulidad de oficio, dentro de dos años plazo que se computa desde que el acto quedo administrativamente consentido (artículo 202.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General).

Es decir, se encuentra establecido dos plazos relacionado a la nulidad de oficio; el de un año en cuanto a que la Administración durante ese periodo puede declarar de oficio la nulidad; vencido ese plazo la Administración puede recurrir al Poder Judicial dentro del plazo de dos años siguientes contados desde que se extinguió el plazo de un año de la declaratoria de nulidad en vía administrativa.

NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS DE ALGUNOS PAISES DE LATINOAMERICA

- **BOLIVIA:**

El procedimiento de contratación pública en Bolivia está regulado por el Decreto Supremo 3548, que modifica el Decreto Supremo 0181, el cual tiene por objeto realizar modificaciones e incorporaciones al Decreto Supremo N° 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (NB-SABS) y el Decreto Supremo 1841 del 18 de diciembre de 2013, con el propósito de agilizar el proceso de compra de bienes y contratación de servicios del Estado, los cuales se aplican obligatoriamente por todas las instituciones estatales y toda entidad pública con personería jurídica de derecho público, bajo la responsabilidad de la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva); y de los servicios públicos responsables de los procesos de contratación, manejo y disposición de bienes y servicios.

En principio, profundizando el tema de los recursos administrativos de impugnación, estos solo serán procedentes contra las resoluciones emitidas y notificadas en los procesos de contratación referentes a:

- a) Licitación Pública, contra las siguientes Resoluciones:
- ✓ Resolución que aprueba el DBC (Documento Base de Contratación).
 - ✓ Resolución de Adjudicación.
 - ✓ Resolución de Declaratoria Desierta.
- b) ANPE (Apoyo Nacional a la Producción y Empleo) para montos mayores a Bs. 200 000,00 (Doscientos mil con 00/100 bolivianos), contra las siguientes Resoluciones:
- ✓ Resolución de Adjudicación.
 - ✓ Resolución de Declaratoria Desierta.

En esa línea, no es procedente el Recurso de Impugnación, contra actos de naturaleza preliminar, considerando también todo tipo de actos de administración emitidos por la entidad.

Por otro lado, la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva) de la entidad convocante es el funcionario autorizado para evaluar y emitir los Recursos de Impugnación, pero cuando por la estructura de la institución estatal, la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva) asuma las funciones de RPC (Responsable del Proceso de Contratación de Licitación Pública) o RPA (Responsable del proceso de contratación de Apoyo Nacional a la Producción y Empleo), los recursos de Impugnación serán decretados por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la institución; en el caso de Municipios, los Recursos de Impugnación presentados son decididos por el Concejo Municipal.

Los Recursos Administrativos de Impugnación deberán interponerse en el plazo improrrogable de tres (3) días contados al día siguiente de publicada la Resolución Impugnable en el Sistema de Contrataciones Estatales ante el RPC (Responsable del Proceso de Contratación

de Licitación Pública) o RPA (Responsable del proceso de contratación de Apoyo Nacional a la Producción y Empleo) que emitió el acto administrativo impugnado, debiendo elevar en el periodo de dos (2) días ante la Máxima Autoridad Ejecutiva, el expediente completo.

De esta manera, los recursos interpuestos deben contener lo siguiente como diminuto:
Identificación del recurrente o en su caso, el Poder de Representación.

- a) Documentación en original, copia simple o legalizada que valore como medio probatorio de su pretensión.
- b) Puede solicitar de manera expresa los fundamentos que considere conveniente.

Adicionalmente, se debe adjuntar una garantía contra el acto administrativo de aprobación del Documento Base de Contratación equivalente al uno por ciento (1%) del precio referencial total en el caso que la adjudicación sea por el total, pero cuando la adjudicación sea por ítems, lotes, tramos o paquetes, el cálculo se lo realizará sumando los precios referenciales de los ítems, lotes, tramos o paquetes impugnados, de igual forma la garantía contra la Resolución de Adjudicación o contra la Resolución Administrativa de Declaratoria Desierta será equivalente a uno por ciento (1%) del monto de la propuesta.

La garantía debe ser renovable, irrevocable y de ejecución inmediata, pudiendo ser: Boleta de Garantía y Boleta de Garantía a Primer Requerimiento, emitida a favor de la institución estatal, en la moneda señalada expresamente en el proceso de contratación y con vigencia de treinta (30) días naturales contados desde la interposición del Recurso Administrativo de Impugnación.

Habiéndose interpuesto el recurso impugnatorio, el proceso de contratación se suspenderá hasta que se agote la vía administrativa, siendo en el caso de ítems, lotes, tramos o paquetes la

suspensión exclusivamente para los ítems apelados, siguiendo de manera normal el proceso de contratación para los ítems no impugnados.

La MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva) de la institución deberá decidir expresamente en un periodo de cinco (5) días contados desde la recepción del Recurso Administrativo de Impugnación y resolverá en la siguiente manera:

- a) Confirmando la Resolución Impugnada.
- b) Anulando e invalidando la Resolución Impugnada, debiendo señalar el o los vicios por los cuales se procede a la anulación de obrados y la instrucción a la autoridad que emitió la resolución, procediendo a reanudar el proceso de contratación.
- c) Desestimando el Recurso, donde señalará expresamente los requisitos omitidos por el recurrente, como ser no haber cumplido con las formalidades, requisitos o garantías establecidas, disponiendo la prosecución del proceso de contratación.

En esa medida, la Resolución que resuelve el recurso administrativo de impugnación será expresa porque deberá encontrarse dirigida únicamente al recurso de impugnación, motivada y fundamentada debido a que se expondrá aspectos de hecho y derecho y finalmente única porque resolverá en forma simultánea y conjunta en la ocasión de existir diversos recursos de impugnación.

Opera el silencio administrativo positivo cuando no se la entidad no haya resuelto el Recurso Administrativo de Impugnación, en el periodo establecido por ley, agotada la vía administrativa.

Siendo agotada la vía administrativa, la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva) instruirá la ejecución de las garantías presentadas a favor de la entidad convocante, en caso contrario, cuando exista la devolución de la garantía se realizará en un periodo de diez (10) días naturales contados desde notificación de la Resolución que se pronuncia respecto al Recurso Administrativo de Impugnación, cuando la Máxima Autoridad de la Entidad hubiese anulado la Resolución impugnada o cuando haya vencido el plazo para resolver. .

- **MEXICO:**

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público reformado por DOF 10-11-2014 y su reglamento reformado por DOF 28-07-2010, indican referente a la solución de controversias que se conocerá de las inconformidades que se promuevan contra los actos de los procedimientos de licitación pública o invitación a cuando menos tres personas que se indican a continuación:

- a) La convocatoria a la licitación, y las juntas de aclaraciones

En este supuesto, la inconformidad sólo podrá presentarse por el interesado que haya manifestado su interés por participar en el procedimiento dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la última junta de aclaraciones.

b) La invitación a cuando menos tres personas

Sólo estará legitimado para inconformarse quien haya recibido invitación, dentro de los seis días hábiles siguientes.

c) El acto de presentación y apertura de proposiciones, y el fallo

En este caso, la inconformidad sólo podrá presentarse por quien hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la junta pública en la que se dé a conocer el fallo, o de que se le haya notificado al licitante en los casos en que no se celebre junta pública.

d) La cancelación de la licitación

En este supuesto, la inconformidad sólo podrá presentarse por el licitante que hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a su notificación.

e) Los actos y omisiones por parte de la convocante que impidan la formalización del contrato en los términos establecidos en la convocatoria a la licitación o en esta Ley.

En esta hipótesis, la inconformidad sólo podrá presentarse por quien haya resultado adjudicado, dentro de los seis días hábiles posteriores a aquél en que hubiere vencido el plazo establecido en el fallo para la formalización del contrato o, en su defecto, el plazo legal.

En todos los casos en que se trate de licitantes que hayan presentado proposición conjunta, la inconformidad sólo será procedente si se promueve conjuntamente por todos los integrantes de la misma.

La interposición de la inconformidad en forma o ante autoridad diversa a las señaladas en los párrafos anteriores, según cada caso, no interrumpirá el plazo para su oportuna presentación.

El escrito inicial contendrá:

- El nombre del inconforme y del que promueve en su nombre.
- Domicilio para recibir notificaciones personales, que deberá estar ubicado en el lugar en que resida la autoridad que conoce de la inconformidad.
- El acto que se impugna, fecha de su emisión o notificación.
- Las pruebas que ofrece y que guarden relación directa e inmediata con los actos que impugna.
- Los hechos o abstenciones que constituyan los antecedentes del acto impugnado y los motivos de inconformidad.

Al escrito de inconformidad deberá acompañarse el documento que acredite la personalidad del promovente y las pruebas que ofrezca, así como sendas copias del escrito inicial y anexos para la convocante y el tercero interesado, teniendo tal carácter el licitante a quien se haya adjudicado el contrato.

La instancia de inconformidad es improcedente:

- Contra actos diversos a los establecidos en los cinco puntos indicados en el primer párrafo.
- Contra actos consentidos expresa o tácitamente.

- Cuando el acto impugnado no pueda surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o la materia del procedimiento de contratación del cual deriva.
- Cuando se promueva por un licitante en forma individual y su participación en el procedimiento de contratación se hubiera realizado en forma conjunta.

Se decretará la suspensión de los actos del procedimiento de contratación y los que de éste deriven, siempre que lo solicite el inconforme en su escrito inicial expresando las razones por las cuales estima procedente la suspensión, así como la afectación que resentiría en caso de que continúen los actos del procedimiento de contratación; y se advierta que existan o pudieren existir actos contrarios a las disposiciones de esta Ley o a las que de ella deriven y, además, no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.

En su solicitud el inconforme deberá expresar las razones por las cuales estima procedente la suspensión, así como la afectación que resentiría en caso de que continúen los actos del procedimiento de contratación.

Solicitada la suspensión correspondiente, la autoridad que conozca de la inconformidad deberá acordar lo siguiente:

- Concederá o negará provisionalmente la suspensión; en el primer caso, fijará las condiciones y efectos de la medida.
- Dentro de los tres días hábiles siguientes a que se haya recibido el informe previo de la convocante, se pronunciará respecto de la suspensión definitiva.

En caso de resultar procedente la suspensión definitiva, se deberá precisar la situación en que habrán de quedar las cosas y se tomarán las medidas pertinentes para conservar la materia del asunto hasta el dictado de la resolución que ponga fin a la inconformidad.

En todo caso, la suspensión definitiva quedará sujeta a que el solicitante, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación del acuerdo relativo, garantice los daños y perjuicios que pudiera ocasionar. Es por ello que la garantía que deberá emitir no deberá ser menor al diez por ciento (10%) ni mayor al treinta por ciento (30%) del monto de la propuesta económica del inconforme. De no exhibirse en sus términos la garantía requerida, dejará de surtir efectos dicha medida cautelar.

La suspensión decretada quedará sin efectos si el tercero interesado otorga una contragarantía equivalente a la exhibida por el inconforme.

A partir de que haya causado estado la resolución que ponga fin a la instancia de inconformidad, podrá iniciarse incidente de ejecución de garantía, que se tramitará por escrito en el que se señalará el daño o perjuicio que produjo la suspensión de los actos, así como las pruebas que estime pertinentes.

Con el escrito incidental se dará vista al interesado que hubiere otorgado la garantía de que se trate, para efecto de que manifieste lo que a su derecho convenga para que una vez desahogadas las pruebas, la autoridad resolverá el incidente planteado, en el que se decretará la procedencia de cancelar, o bien, de hacer efectiva la garantía o contragarantía de que se trate según se hubiere

acreditado el daño o perjuicio causado por la suspensión de los actos, o por la continuación de los mismos, según corresponda.

Si la autoridad que conoce de la inconformidad advierte manifiestas irregularidades en el procedimiento de contratación impugnado, podrá decretar de oficio la suspensión sin necesidad de solicitud ni garantía del inconforme, siempre que con ello no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público. El acuerdo relativo contendrá las consideraciones y fundamentos legales en que se apoye para decretarla.

En esa línea, la autoridad que conozca de la inconformidad la examinará y si encontrare motivo manifiesto de improcedencia, la desechará de plano. Sin embargo, si no fuera improcedente la inconformidad, se requerirá a la convocante que rinda un informe previo en el que manifieste los datos generales del procedimiento de contratación y del tercero interesado, y pronuncie las razones por las que estime que la suspensión resulta o no procedente. Luego de ello, la autoridad dictará la resolución, la cual contendrá:

- Los preceptos legales en que funde su competencia para resolver el asunto.
- La fijación clara y precisa del acto impugnado.
- El análisis de los motivos de inconformidad, para lo cual podrá corregir errores u omisiones del inconforme en la cita de los preceptos que estime violados, así como examinar en su conjunto los motivos de impugnación y demás razonamientos expresados por la convocante y el tercero interesado, a fin de resolver la controversia efectivamente planteada, pero no podrá pronunciarse sobre cuestiones que no hayan sido expuestas por el promovente.

- La valoración de las pruebas admitidas y desahogadas en el procedimiento.
- Las consideraciones y fundamentos legales en que se apoye.
- Los puntos resolutivos que expresen claramente sus alcances y efectos, en congruencia con la parte considerativa, fijando cuando proceda las directrices para la reposición de actos decretados nulos o para la firma del contrato.

De esta manera, la resolución que emita la autoridad podrá:

- Sobreseer en la instancia.
- Declarar infundada la inconformidad.
- Declarar que los motivos de inconformidad resultan inoperantes para decretar la nulidad del acto impugnado, cuando las violaciones alegadas no resulten suficientes para afectar su contenido.
- Decretar la nulidad total del procedimiento de contratación.
- Decretar la nulidad del acto impugnado, para efectos de su reposición, subsistiendo la validez del procedimiento o acto en la parte que no fue materia de la declaratoria de nulidad.
- Ordenar la firma del contrato, cuando haya resultado fundada la inconformidad promovida.

Asimismo, la resolución que declare fin a la instancia de no conformidad o, en su defecto, a la decisión de oficio podrá interponerse un recurso impugnatorio por conforme mediante el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, por lo que la convocante acatará la resolución que ponga fin a la inconformidad en un plazo no mayor de seis

días hábiles. Sólo podrá suspenderse la ejecución de las resoluciones mediante determinación de autoridad administrativa o judicial competente.

En cuanto existan contratos como consecuencia de los contratos declarados nulos, esto contratos serán respetados y obligatorios mientras se dé cumplimiento a la resolución, es así que es recomendable se concluyan antes de ser adjudicados a un postor diferente.

Asimismo, en cualquier momento los proveedores o las dependencias y entidades podrán presentar ante la Secretaría de la Función Pública solicitud de conciliación, por desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos o pedidos. La asistencia a la audiencia de conciliación será instintiva para las partes, por lo que la incomparecencia por parte del proveedor se entenderá como no requerida su pedido.

En el supuesto de que las partes lleguen a un acuerdo durante la conciliación, el convenio respectivo obligará a las mismas, y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial correspondiente, sin embargo, de no existir acuerdo de voluntades, las partes podrán optar por cualquier vía de solución a su controversia.

En esa línea, podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, pero de ninguna manera será materia de arbitraje la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos.

El arbitraje podrá preverse en cláusula expresa en el contrato o por convenio escrito posterior a su celebración. En las políticas, bases y lineamientos deberá establecerse el área o servidor público responsable para determinar la conveniencia de incluir dicha cláusula o firmar el convenio correspondiente; sin embargo, en los casos en que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alternativo de solución de controversias, o éstas no resulten aplicables serán resueltas por los tribunales federales. El procedimiento arbitral concluye con la emisión del laudo arbitral.

- **CHILE:**

La Ley N° 19,886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que incluye modificaciones de la Ley N° 20,088 y Decreto N° 1.562 de 2005 del Ministerio de Hacienda, establece que las acciones de impugnación que contravengan toda decisión de la entidad que sea ilegal y/o arbitraria en el etapas comprendidas entre la aprobación de bases y la adjudicación, también los procedimientos de contratación con organismos estatales serán competencia del Tribunal de Contratación Pública.

En esa medida, la demanda mediante la cual se ejerza la acción de impugnación podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación. Dicha acción impugnatoria debe la motivación de los hechos que sustente acto impugnado, la fundamentación jurídica, y las pretensiones claras para su evaluación del órgano competente que resolverá (Tribunal).

El Tribunal luego de revisar los requisitos podrá declarar inadmisibles la demanda otorgando el plazo subsanar. Luego de levantada la admisibilidad el Tribunal correrá traslado a la

entidad estatal, remitiendo la demanda y sus anexos, quien en un plazo perentorio deberá argumentar sus descargos respectivos.

Luego de haberse admitida la demanda e informado la entidad, se otorgará el plazo de diez (10) días hábiles, para recopilar u obtener todos los medios probatorios necesarios. Si se presentará el medio probatorio testimonial obligatoriamente deberá presentarse su identificación, uno de los integrantes del Tribunal será el encargado de recepcionar este medio probatorio. Agotado el periodo probatorio, el Tribunal resolverá y emitirá sentencia en audiencia.

El Tribunal podrá disponer el cumplimiento de oficio, para una mejor decisión, cualquiera de las diligencias establecidas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil u otras que considere pertinentes. Estas disposiciones deben darse en el periodo de diez días hábiles, a partir de la fecha de resolución que las resuelve.

La sentencia decisoria se emitirá en el plazo de diez días hábiles, computados a partir de la resolución que notifica a ambas partes a la audiencia de lectura de sentencia.

En la referida sentencia decisoria, el Tribunal se sustentará en los fundamentos de la sentencia la existencia o no del acto arbitrario e ilegal materia de impugnación, disponiendo, las acciones que considere necesarias con arreglo a la normativa. Esta resolución podrá ser materia de impugnación mediante el recurso de reclamación dentro el plazo de cinco (05) días hábiles, que será evaluado y resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago; este recurso se podrá conceder con efecto devolutivo.

La Corte podrá conceder o no alegatos de acuerdo a los requerimientos de las partes. No procederá la suspensión de la vista de la causa por el motivo establecido en el N° 5° del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, el Tribunal de podrá resolver, fundado el pedido de no innovar por un periodo de hasta treinta días, renovable excepcionalmente.

En el plazo de diez (10) días hábiles computados desde que la causa se haya quedado en acuerdo, no teniendo oportunidad de impugnarla.

III. MÉTODO

3.1 Tipo de investigación

La investigación es de tipo aplicada, debido a que se investiga los efectos que implica la utilización de una determinada teoría o figura jurídica en la realidad, es por ello que la presente investigación tiene como objetivo la de determinar las causas que influyen para el cobro a los proveedores en un procedimiento de selección por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro,

Asimismo, se encuentra dentro de los parámetros de investigación descriptiva; dado que se efectivizó desde un enfoque es cuantitativo, habiéndose recolectado datos para probar hipótesis y probar las teorías, asimismo se ha utilizado el razonamiento deductivo a fin de probar el resultado de la presente investigación.

3.2 Población y muestra

3.2.1. Población

La población de la investigación estuvo conformada 34 personas así: funcionarios del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, personas naturales o jurídicas nacionales (proveedores nacionales) y profesionales y técnicos que laboran en los Órganos Encargados de las Contrataciones.

3.2.2. Muestra

La muestra estuvo compuesta por 30 funcionarios del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, personas naturales o jurídicas nacionales (proveedores

nacionales) y profesionales y técnicos que laboran en los Órganos Encargados de las Contrataciones; utilizando el criterio de selección:

- Funcionarios del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, que no se encuentren con proceso administrativo por la institución y con especialización en contrataciones públicas.
- Personas naturales o jurídicas nacionales (proveedores nacionales), que tengan conocimiento de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.
- Profesionales y técnicos que laboran en los Órganos Encargados de las Contrataciones, con más de 07 años de experiencia en logística que pertenecen a los regímenes laborales del Decreto Legislativo N° 276 y el Contrato Administrativo de Servicios.

Se procedió a encuestar al total de funcionarios del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, personas naturales o jurídicas nacionales (proveedores nacionales) y profesionales y técnicos que laboran en los Órganos Encargados de las Contrataciones, que estaban activos en la fecha de realización de la encuesta y contaban con disponibilidad de tiempo, obteniéndose información de aquellos que aceptaron participar de la encuesta.

Para definir el tamaño de la muestra se ha utilizado el método no probabilístico, ya que la “la selección de elementos no depende de la probabilidad, sino de causas relacionadas con las características de la investigación o de quien hace la muestra” (Hernández y otros, 2010, p. 176).

Asimismo, el Muestreo es intencional o sesgado donde el investigador selecciona los elementos que a su juicio son representativos, lo cual exige un conocimiento previo de la población que se investiga para poder determinar categorías o elementos que se consideran como tipo o representativos del fenómeno que se estudia (Tamayo citado por Cazau, 2006, p.88).

Se aplicó la siguiente fórmula:

$$n = \frac{n_0}{1 + \frac{n_0}{N}}$$

Donde

$$n_0 = p * (1 - p) * \left[\frac{z \left(1 - \frac{\alpha}{2} \right)}{d} \right]^2$$

N = Total de la población

$$1 - \frac{\alpha^2}{2} = 0.05$$

$$z (1 - \alpha/2) = 1.64$$

P = Proporción esperada 0.5

d = precisión (5%)

Z = nivel de confianza 90%

Siendo que estuvo conformada así:

INDIVIDUO	No.	%
Funcionarios del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, personas naturales o jurídicas nacionales (proveedores nacionales) que cuentan con Registro Nacional de Proveedores y profesionales y técnicos que laboran en los Órganos Encargados de las Contrataciones.	10	33.33
Personas naturales o jurídicas nacionales (proveedores nacionales).	10	33.33
Profesionales y técnicos que laboran en los Órganos Encargados de las Contrataciones.	10	33.33
TOTAL	30	99.99

3.3 Operacionalización de variables

Variable independiente

- La libre concurrencia de proveedores en los procedimientos de contrataciones del Estado.

Indicadores:

- Supresión del pago de tasas para impugnar actos administrativos.
- Procedimiento simplificado para la apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.

Variable dependiente:

- Eliminación del cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.

Indicadores:

- Celeridad de los procesos.
- Reducción de etapas administrativas.

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES, DIMENSIONES E INDICADORES:

Definiciones	Variables	Dimensiones	Indicadores	Técnicas	Instrumentos
<p>Libertad de concurrencia. - Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores. (Art. 2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado modificado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF).</p>	<p>V.I.: La libre concurrencia de proveedores en los procedimientos de contrataciones del Estado.</p>	<p>Estudio de la libre concurrencia de proveedores en los procedimientos de contrataciones del Estado.</p>	<p>Supresión del pago de tasas para impugnar actos administrativos.</p> <p>Procedimiento simplificado para la apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.</p>	<p>Encuestas</p>	<p>Cuestionario</p>

<p>Garantía por la interposición. - La garantía que respalda la interposición del recurso de apelación, es otorgada a favor de la Entidad o del OSCE, según corresponda, por el tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del procedimiento de selección impugnado, según corresponda. (Numeral 124.1 del artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF).</p>	<p>V.D.: Eliminación del cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.</p>	<p>Estudio de la eliminación del cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.</p>	<p>Celeridad de los procesos. Reducción de etapas administrativas.</p>	<p>Encuestas</p>	<p>Cuestionario</p>
---	--	---	---	------------------	---------------------

3.4 Instrumentos

Cuestionarios

En la presente investigación se ha utilizado como instrumento de recolección de datos un cuestionario en la que se formularon preguntas cerradas, los mismos que se aplicaron a la muestra objetiva.

Los cuestionarios tienen como finalidad medir las escalas de actitudes tipo Likert en tres categorías: De acuerdo, en desacuerdo, ni de acuerdo ni en desacuerdo.

VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO POR EXPERTO

Luego de revisado el instrumento a utilizar en la presente investigación “El cobro de garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro – Ley de Contrataciones del Estado”, la calificación a la cual arribe es la siguiente:

N°	PREGUNTA	50	60	70	80	90	100
1	¿En qué proporción (%) se conseguirá comprobar la hipótesis formulada con el presente instrumento?					X	
2	¿En qué proporción (%) valora que las interrogantes expuestas en el cuestionario se encuentran aludidas a las variables e indicadores de la presente investigación?					X	
3	¿Qué proporción (%) considera que las preguntas formuladas en el cuestionario son convenientes para alcanzar el objetivo general de la presente investigación?				X		

4	¿En qué proporción (%) valora que las interrogantes expuestas en el cuestionario son de sencillo entendimiento?					X	
5	¿En qué proporción (%) valora que las preguntas siguen un sentido común en cuanto a su continuación?					X	
6	¿En qué proporción (%) se conseguirá información semejante con esta comprobación adaptándolo en otras muestras?					X	

Fecha: 30 de enero de 2019.

Validado favorablemente por:

Abogado Freddy Hernán Hinojosa Ángulo

Catedrático en gestión pública de la Universidad ESAN y consultor en administración con 18 años de experiencia en dirección de organizaciones públicas, privadas y proyectos sociales.

Confiabilidad del instrumento determinada por experto

Se ha determinado la confiabilidad del instrumento que se utilizará en esta investigación titulada “El cobro de garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro – Ley de Contrataciones del Estado” por cuanto es factible para que las entidades públicas lo apliquen en el marco que rige la normativa de contratación pública.

Esto es, los resultados conseguidos con el cuestionario elaborado en una establecida oportunidad bajo evidentes circunstancias serán semejantes si se valorara las mismas muestras en circunstancias parecidas. Esta postura mencionada refiere a la justa precisión en que el instrumento (cuestionario) valora lo que se intenta corroborar, lo cual denota una segura confiabilidad del referido instrumento.

En virtud de ello, cuando se habla de confiabilidad del instrumento se alude a los términos de seguridad y racionalización de los resultados que se obtendrán. Ello es el sentido que usualmente aceptan los investigadores, el mismo que es factible para alcanzar en la presente investigación.

Existe una forma distinta de verificar la confiabilidad del cuestionario, esta es a través de la pregunta: ¿En qué medida los resultados conseguidos con el instrumento fundan la medida certera de las variables que se desea medir? Este sentido que se le da a la

confiabilidad del instrumento mencionado es sinónimo de certeza; el cual es viable de alcanzar con el cuestionario a utilizar en la presente investigación.

Asimismo, hay otra posibilidad de verificar la confiabilidad del instrumento a utilizar a través de la pregunta: ¿Cuál es el margen de error implícito en la medición del instrumento?, de lo indicado en la interrogante se infiere que mientras haya un mayor margen de error implícito en la medición del instrumento, este será menos confiable y seguro. Al respecto, la confiabilidad puede explicarse como la falta relativa del error en la medición del instrumento; de ello se recoge que es sinónimo de seguridad y precisión; en ese sentido, este trabajo tiene un margen de error mínimo generalmente aprobado por los investigadores, por esta razón otorga mayor precisión al instrumento. Asimismo, dicha confiabilidad se encuentra orientada al grado de homogeneidad del instrumento en concordancia con las variables planteadas, de ello se deduce que la presente investigación tiene un alto grado de homogeneidad.

Determinada la confiabilidad del instrumento por:

Abogado Freddy Hernán Hinojosa Ángulo

Catedrático en gestión pública de la Universidad ESAN y consultor en administración con 18 años de experiencia en dirección de organizaciones públicas, privadas y proyectos sociales.

3.5 Procedimientos

El procedimiento de la prueba de hipótesis se ha obedecido a la recopilación de datos basados a hechos de la realidad, concretamente del lugar del estudio y de la muestra poblacional.

3.6 Análisis de datos

El análisis e interpretación de la información se realizará a través de la siguiente técnica de procesamiento de datos: estadística descriptiva, es decir, los datos que se obtengan permitirán la construcción de cuadros estadísticos y gráficos estadísticos con su respectiva interpretación.

IV. RESULTADOS

4.1. Contratación de hipótesis

En la presente investigación, los resultados de nuestra encuesta reflejan las tendencias observadas en la muestra población que describimos en el diseño de las muestras.

Por lo tanto, partiendo de la hipótesis principal se realiza análisis descriptivo y se aplica el test de Normalidad, partiendo de dos preguntas consideradas como las más representativas para realizar la contrastación de la hipótesis, las mismas que forman parte del cuestionario.

Descriptivos				
			Estadístico	Desv. Error
¿Está de acuerdo que se modifique el artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?	Media		3,67	,260
	95% de intervalo de confianza para la media	Límite inferior	3,14	
		Límite superior	4,20	
	Media recortada al 5%		3,74	
	Mediana		4,00	
	Varianza		2,023	
	Desv. Desviación		1,422	
	Mínimo		1	
	Máximo		5	
	Rango		4	
	Rango intercuartil		3	
	Asimetría		-,748	,427
	Curtosis		-,923	,833

Pruebas de normalidad						
	Kolmogorov-Smirnov ^a			Shapiro-Wilk		
	Estadístico	gl	Sig.	Estadístico	gl	Sig.
¿Está de acuerdo que se modifique el artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?	,293	30	,000	,799	30	,000
a. Corrección de significación de Lilliefors						

Valor de P= 0.799 = 79.9%

La lectura del p-valor: con una probabilidad del 79.9% se acepta que la H1 es verdadera. La distribución de la variable aleatoria no es distinta a la distribución normal.

Descriptivos				
			Estadístico	Desv. Error
			o	
¿Está de acuerdo que se modifique el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado?	Media		3,60	,252
	95% de intervalo de confianza para la media	Límite inferior	3,08	
		Límite superior	4,12	
	Media recortada al 5%		3,67	
	Mediana		4,00	
	Varianza		1,903	
	Desv. Desviación		1,380	
	Mínimo		1	
	Máximo		5	
	Rango		4	
	Rango intercuartil		3	
	Asimetría		-,645	,427
Curtosis		-,892	,833	

Pruebas de normalidad						
	Kolmogorov-Smirnov ^a			Shapiro-Wilk		
	Estadístico	gl	Sig.	Estadístico	gl	Sig.
¿Está de acuerdo que se modifique el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado?	,247	30	,000	,845	30	,000
a. Corrección de significación de Lilliefors						

Valor de $P = 0.845 = 84.5\%$

La lectura del p-valor: con una probabilidad del 84.5% se acepta que la H1 es verdadera. La distribución de la variable aleatoria no es distinta a la distribución normal.

4.2. Análisis de interpretación

Habiéndose confirmado las hipótesis, conforme se observa de la interpretación se logra la explicación de los resultados.

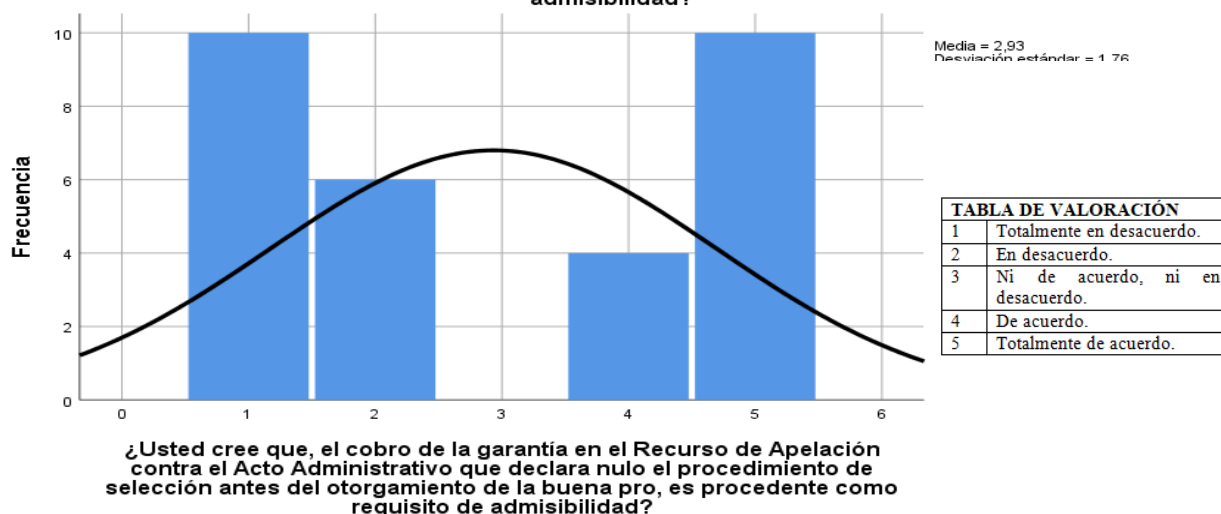
Resultados:

Cuadro 1:

Usted cree que, “el cobro de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro”, es procedente como requisito de admisibilidad.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	10	33,3 %	33,3 %	33,3 %
	En desacuerdo	6	20,0 %	20,0 %	53,3 %
	De acuerdo	4	13,3 %	13,3 %	66,7 %
	Totalmente de acuerdo	10	33,3 %	33,3 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Usted cree que, el cobro de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, es procedente como requisito de admisibilidad?



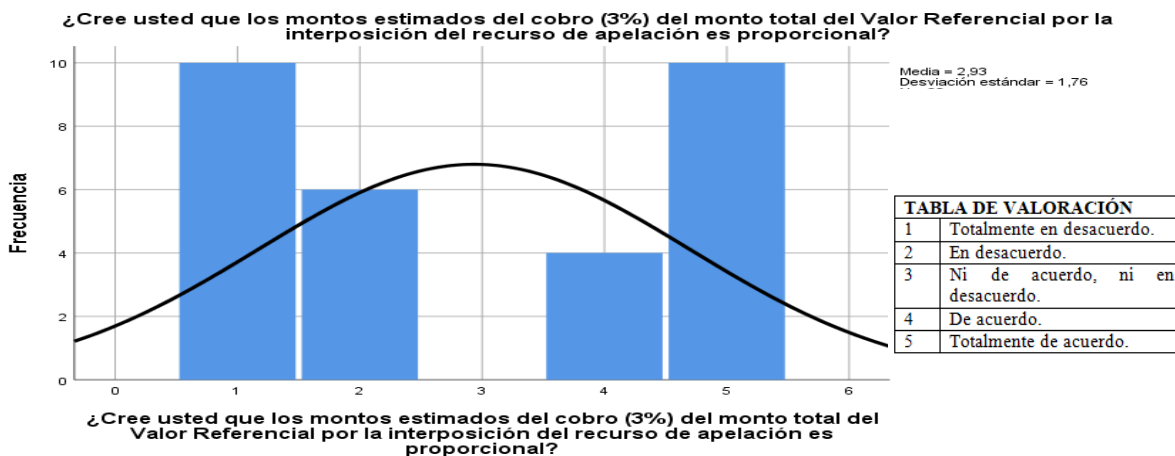
Interpretación:

Como es de verse del **cuadro 1** se aprecia que el 33.30 % de los encuestados se encuentran totalmente en desacuerdo, el 20.00 % se encuentran en desacuerdo y el 13.30 % se encuentra en de acuerdo y el 33.30 % se encuentra totalmente de acuerdo a la afirmación No. 1, por lo tanto se advierte que existe una ligera tendencia de los encuestados al afirmar que el cobro de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, no es procedente como requisito de admisibilidad.

Cuadro 2:

Cree usted que, el monto estimado del cobro (3%) del monto total del valor referencial por la interposición del recurso de apelación es proporcional.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	10	33,3 %	33,3 %	33,3 %
	En desacuerdo	6	20,0 %	20,0 %	53,3 %
	De acuerdo	4	13,3 %	13,3 %	66,7 %
	Totalmente de acuerdo	10	33,3 %	33,3 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

**Interpretación:**

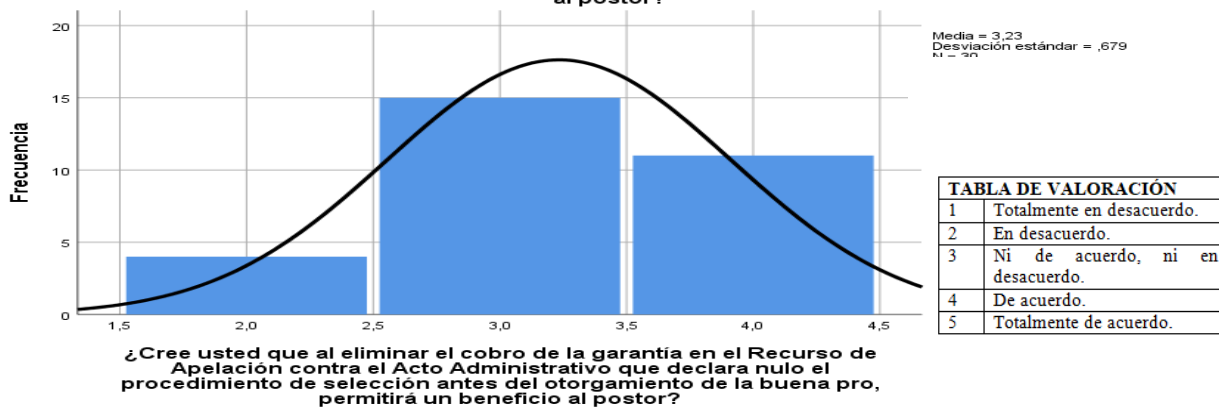
Como es de verse del **cuadro 2** se aprecia que el 33.30 % de los encuestados se encuentran totalmente en desacuerdo, el 20.00 % se encuentran en desacuerdo y el 13.30 % se encuentra en de acuerdo y el 33.30 % se encuentra totalmente de acuerdo a la afirmación No. 2, por lo tanto se advierte que existe una ligera tendencia de los encuestados al afirmar que el monto estimado del cobro (3%) del monto total del valor referencial por la interposición del recurso de apelación no es proporcional.

Cuadro 3:

Cree usted que, al eliminar el cobro de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, permitirá un beneficio al postor.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	En desacuerdo	4	13,3 %	13,3 %	13,3 %
	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	15	50,0 %	50,0 %	63,3 %
	De acuerdo	11	36,7 %	36,7 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Cree usted que al eliminar el cobro de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, permitirá un beneficio al postor?

**Interpretación:**

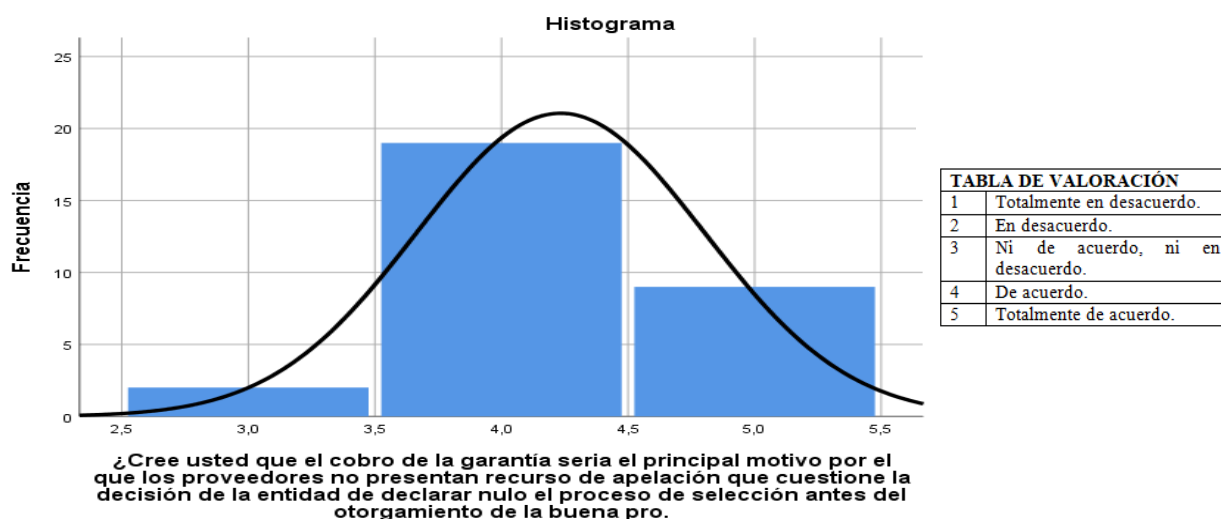
Como es de verse del **cuadro 3** se aprecia que el 13.30 % de los encuestados se encuentran en desacuerdo, el 50.00 % se encuentran en ni de acuerdo ni en desacuerdo y el 36.70 % se encuentra en de acuerdo a la afirmación No. 3, por lo tanto se advierte que existe una tendencia de los encuestados al afirmar que al eliminar el cobro de la garantía en el Recurso

de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, permitirá un beneficio al postor.

Cuadro 4:

Cree usted que, el cobro de la garantía sería el principal motivo por el que los proveedores no presentan recurso de apelación que cuestione la decisión de la entidad de declarar nulo el proceso de selección antes del otorgamiento de la buena pro.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	2	6,7 %	6,7 %	6,7 %
	De acuerdo	19	63,3 %	63,3 %	70,0 %
	Totalmente de acuerdo	9	30,0 %	30,0 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	



Interpretación:

Como es de verse del **cuadro 4** se aprecia que el 6.7 % de los encuestados se encuentran en ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 63.30 % se encuentran en de acuerdo y el 30.00 % se encuentra en totalmente de acuerdo a la afirmación No. 4, por lo tanto se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que el cobro de la garantía sería el

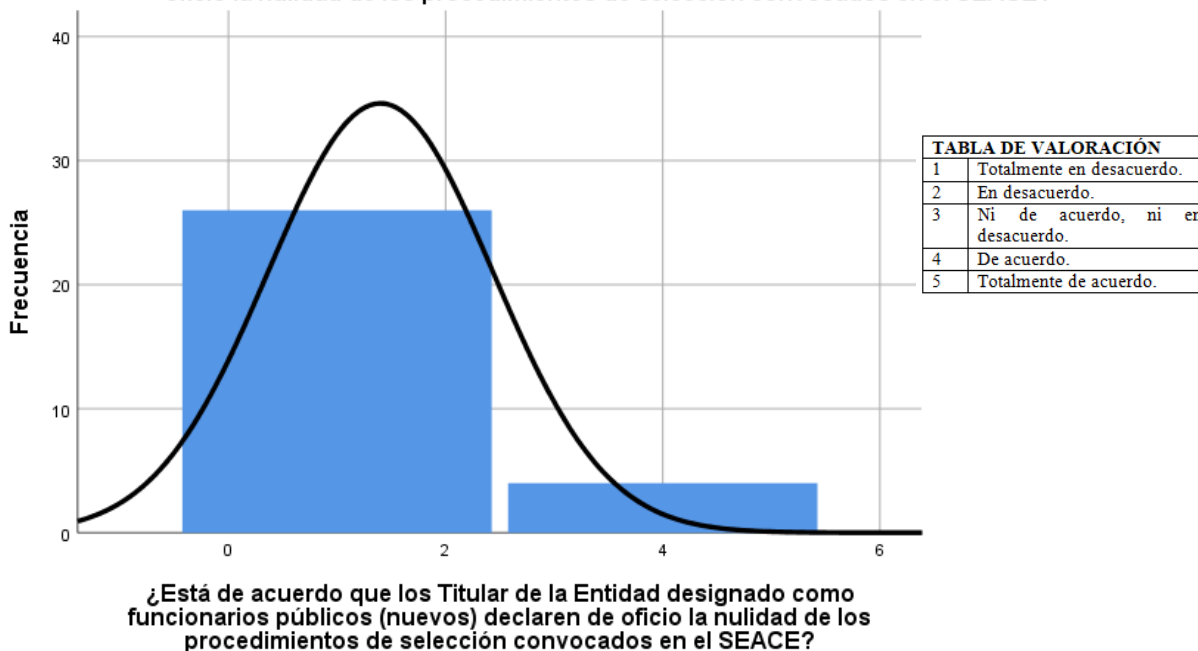
principal motivo por el que los proveedores no presentan recurso de apelación que cuestione la decisión de la entidad de declarar nulo el proceso de selección antes del otorgamiento de la buena pro.

Cuadro 5:

Está de acuerdo que, los Titulares de la Entidad designados como funcionarios públicos (nuevos) declaren de oficio la nulidad de los procedimientos de selección convocados en el SEACE, sin contar con la motivación exigida por la normativa de contrataciones.

		Frecuenci a	Porcentaj e	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	26	86,7 %	86,7 %	86,7 %
	De acuerdo	4	13,3 %	13,3 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Está de acuerdo que los Titular de la Entidad designado como funcionarios públicos (nuevos) declaren de oficio la nulidad de los procedimientos de selección convocados en el SEACE?



Interpretación:

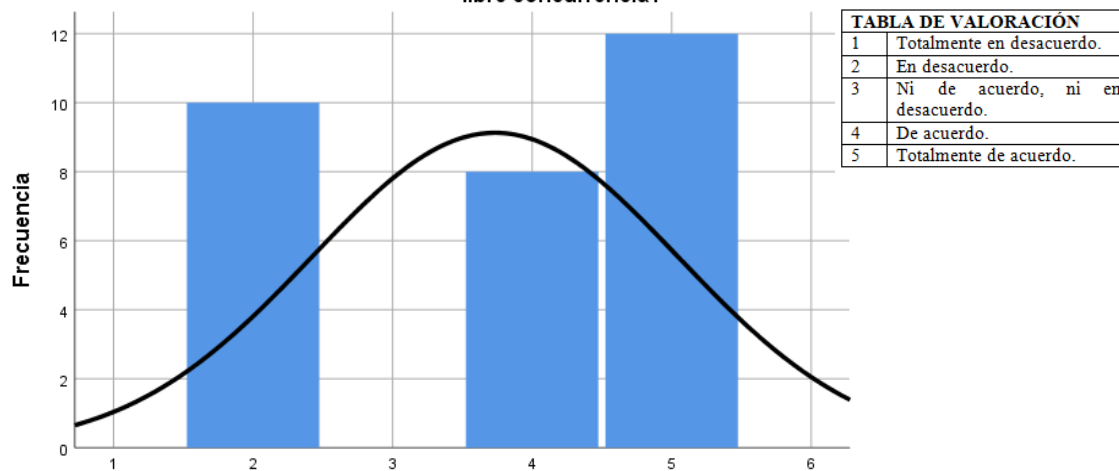
Como es de verse del **cuadro 5** se aprecia que el 86.7 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo y el 13.30 % se encuentran en de acuerdo a la afirmación No. 5, por lo tanto se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que los Titulares de la Entidad designados como funcionarios públicos (nuevos) no deben declarar de oficio la nulidad de los procedimientos de selección convocados en el SEACE, sin contar con la motivación exigida por la normativa de contrataciones.

Cuadro 6:

Usted cree que, “el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro”, transgrede el principio de libre competencia.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	En desacuerdo	10	33,33 %	33,33 %	33,33 %
	De acuerdo	8	26,67 %	26,67 %	60,0 %
	Totalmente de acuerdo	12	40,0 %	40,0 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de libre concurrencia?



¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de libre concurrencia?

Interpretación:

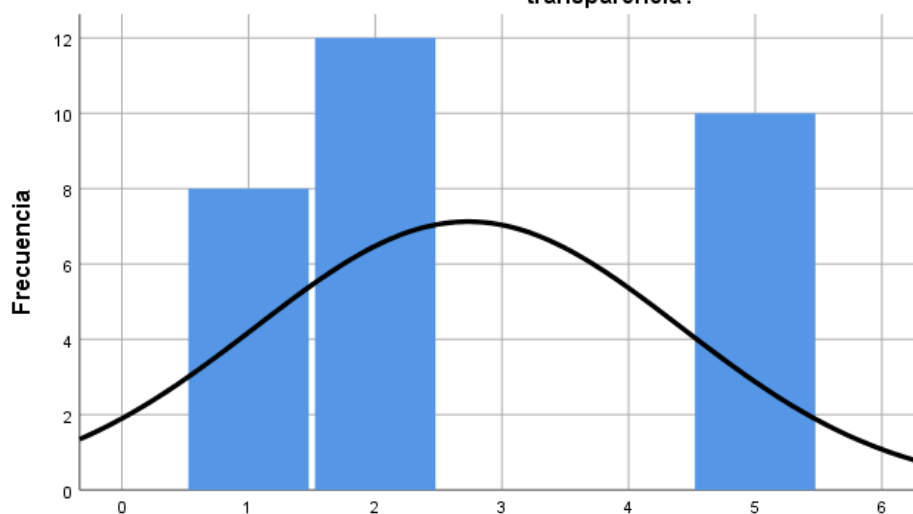
Como es de verse del **cuadro 6** se aprecia que el 33.33 % de los encuestados se encuentran en desacuerdo, el 26.67 % se encuentran en de acuerdo y el 40.00 % se encuentra en totalmente de acuerdo a la afirmación No. 6, por lo tanto se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, sí transgrede el principio de libre concurrencia.

Cuadro 7:

Usted cree que, “el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro”, transgrede el principio de transparencia.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	8	26,7 %	26,7 %	26,7 %
	En desacuerdo	12	40,0 %	40,0 %	66,7 %
	Totalmente de acuerdo	10	33,3 %	33,3 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de transparencia?



1	Totalmente en desacuerdo.
2	En desacuerdo.
3	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo.
4	De acuerdo.
5	Totalmente de acuerdo.

¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de transparencia?

Interpretación:

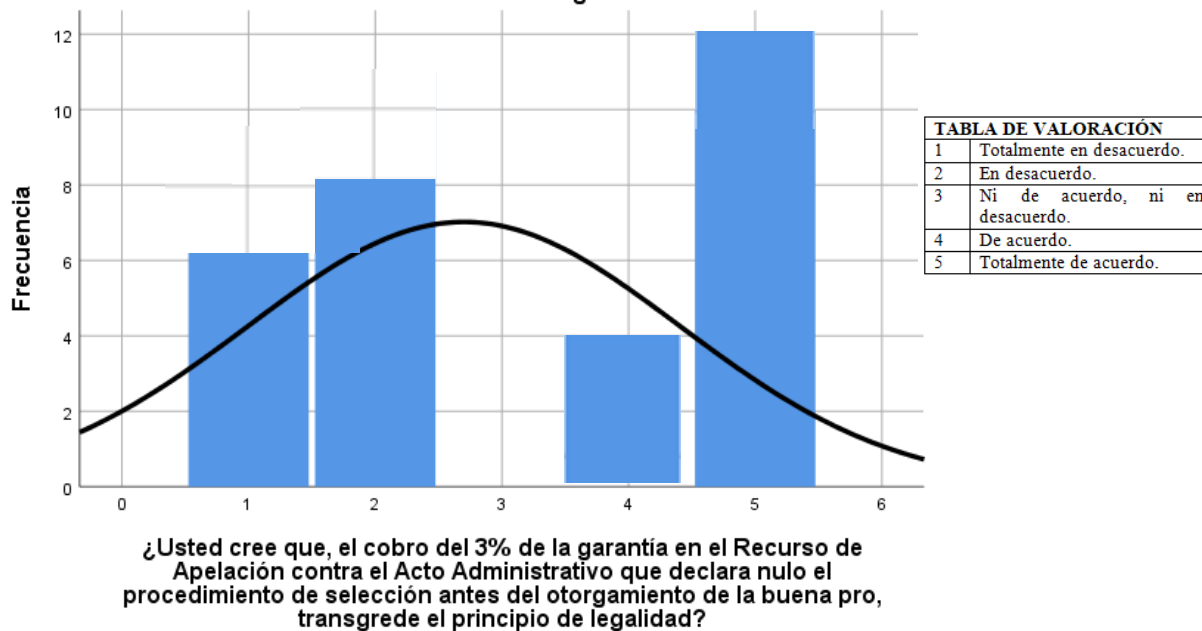
Como es de verse del **cuadro 7** se aprecia que el 26.70 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 40.00 % se encuentran en desacuerdo y el 33.30 % se encuentra en totalmente de acuerdo a la afirmación No. 7, por lo tanto se advierte que existe una ligera tendencia de los encuestados al afirmar que el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, no transgrede el principio de transparencia.

Cuadro 8:

Usted cree que, “el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro”, transgrede el principio de legalidad.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	6	20,0 %	20,0 %	20,0 %
	En desacuerdo	8	26,67 %	26,67 %	46,67 %
	De acuerdo	4	13,33 %	13,33 %	60,00 %
	Totalmente de acuerdo	12	40,00 %	40,00 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de legalidad?



Interpretación:

Como es de verse del **cuadro 8** se aprecia que el 20.00 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 26.67 % se encuentran en desacuerdo, el 13.33 % se encuentra de acuerdo y el 40 % se encuentra totalmente de acuerdo a la afirmación No. 8, por lo tanto se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, sí transgrede el principio de legalidad.

Cuadro 9:

Usted cree que, “el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro”, transgrede el principio de competencia.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	10	33,33 %	33,33 %	33,3 %
	En desacuerdo	4	13,33 %	13,33 %	46,67 %
	De acuerdo	6	20 %	20 %	66,67 %
	Totalmente de acuerdo	10	33,3 %	33,3 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de competencia?

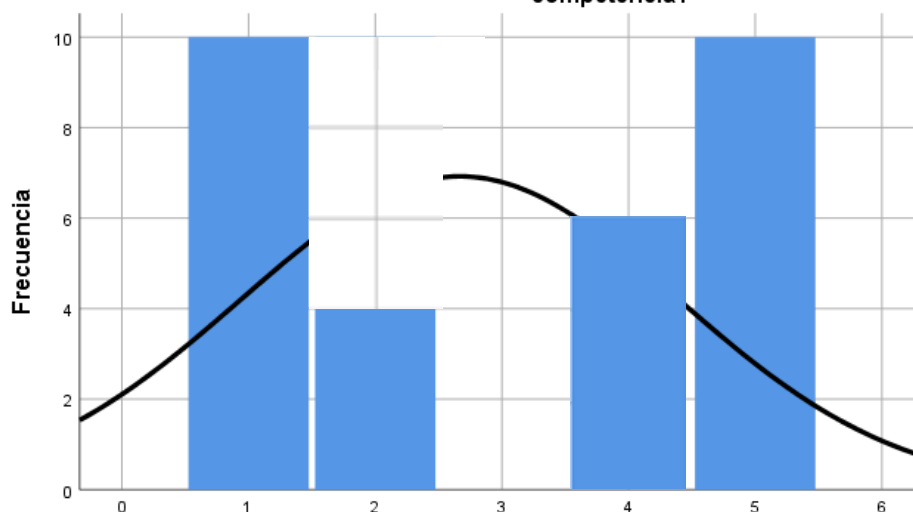


TABLA DE VALORACIÓN	
1	Totalmente en desacuerdo.
2	En desacuerdo.
3	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo.
4	De acuerdo.
5	Totalmente de acuerdo.

¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de competencia?

Interpretación:

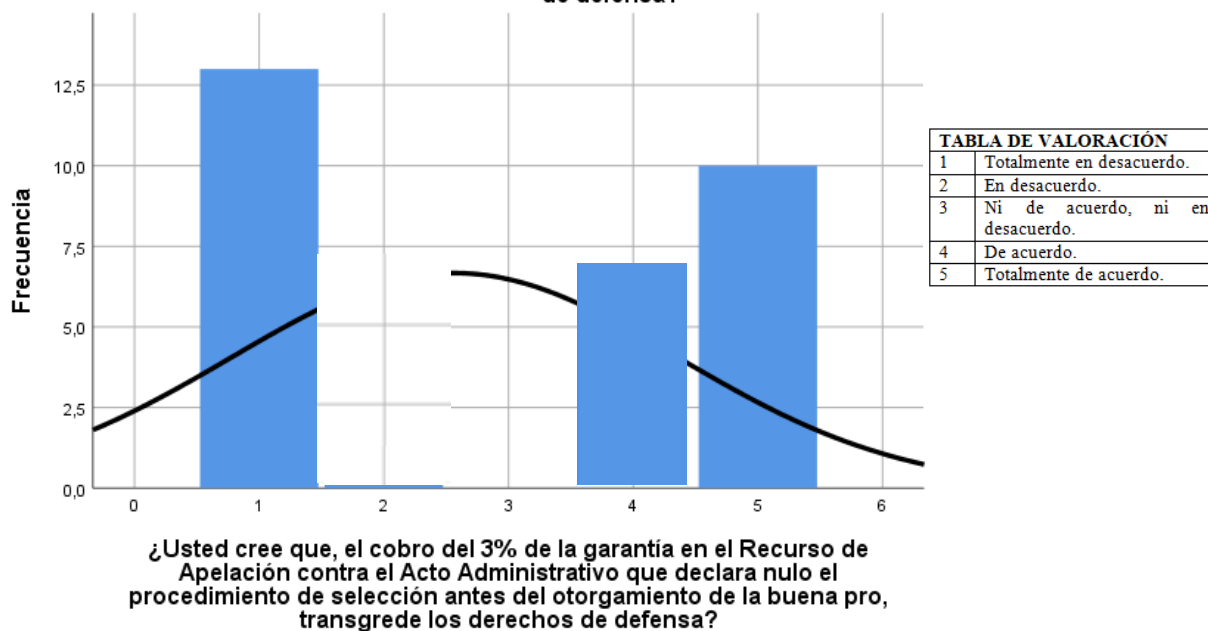
Como es de verse del **cuadro 9** se aprecia que el 33.33 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 13.33 % se encuentran en desacuerdo, el 20 % se encuentran de acuerdo y el 33.33 % se encuentra en totalmente de acuerdo a la afirmación No. 9, por lo tanto se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, sí transgrede el principio de competencia.

Cuadro 10:

Usted cree que, “el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro”, transgrede los derechos de defensa.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	13	43,3 %	43,3 %	43,3 %
	De acuerdo	7	23,3 %	23,3 %	66,7 %
	Totalmente de acuerdo	10	33,3 %	33,3 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede los derechos de defensa?



Interpretación:

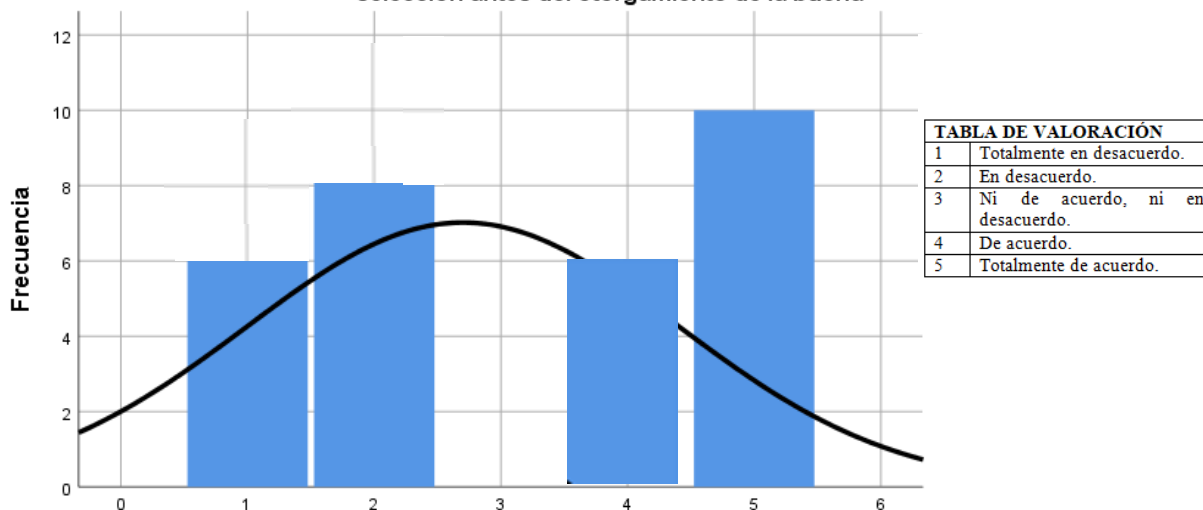
Como es de verse del **cuadro 10** se aprecia que el 43.30 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 23.30 % se encuentran de acuerdo y el 33.33 % se encuentran en totalmente de acuerdo a la afirmación No. 10, por lo tanto se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, sí transgrede los derechos de defensa.

Cuadro 11:

Cree usted que, se estaría transgrediendo el principio de igualdad de trato al exigir “el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro” a una MYPE.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	6	20,0 %	20,0 %	20,0 %
	En desacuerdo	8	26,67 %	26,67 %	46,67 %
	De acuerdo	6	20 %	20 %	66,67
	Totalmente de acuerdo	10	33,33 %	33,33 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Cree usted que se estaría transgrediendo el principio de igualdad de trato al exigir el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena



¿Cree usted que se estaría transgrediendo el principio de igualdad de trato al exigir el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena

Interpretación:

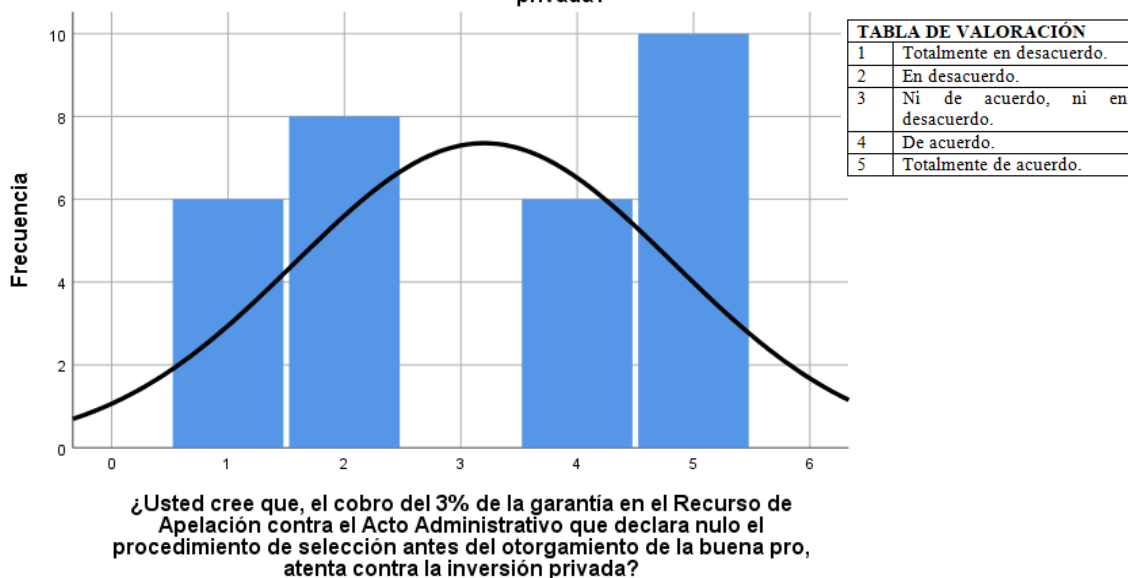
Como es de verse del **cuadro 11** se aprecia que el 20 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 26.67 % se encuentran en desacuerdo, el 20 % se encuentran de acuerdo y el 33.33 % se encuentra totalmente de acuerdo a la afirmación No. 11, por lo tanto se advierte que existe una ligera tendencia de los encuestados al afirmar que sí se estaría transgrediendo el principio de igualdad de trato al exigir el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro a una MYPE.

Cuadro 12:

Usted cree que, “el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro”, atenta contra la inversión privada.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	6	20,0 %	20,0 %	20,0 %
	En desacuerdo	8	26,67 %	26,67 %	46,67 %
	De acuerdo	6	20 %	20 %	66,67
	Totalmente de acuerdo	10	33,33 %	33,33 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, atenta contra la inversión privada?



Interpretación:

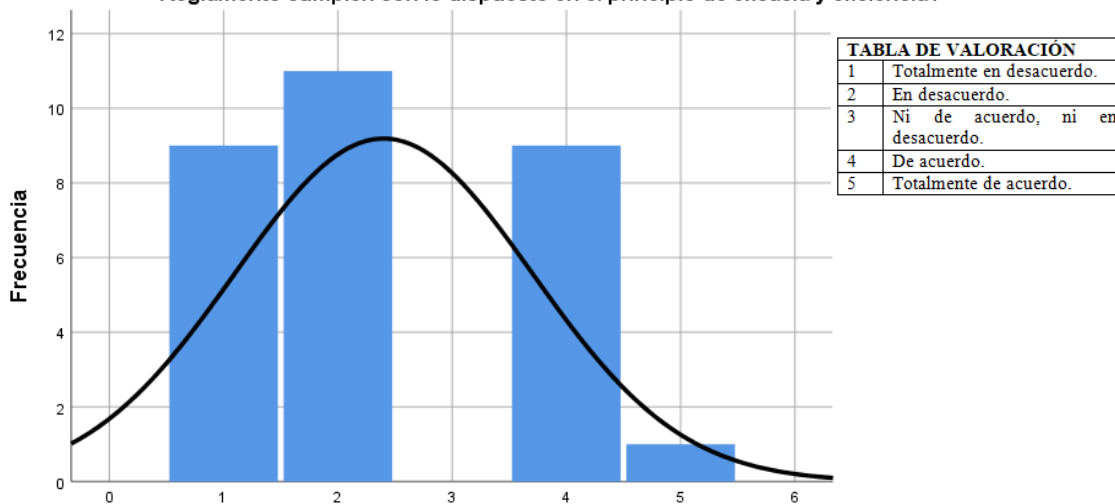
Como es de verse del **cuadro 12** se aprecia que el 20 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 26.67 % se encuentran en desacuerdo, el 20 % se encuentran de acuerdo y el 33.33 % se encuentra totalmente de acuerdo a la afirmación No. 12, por lo tanto se advierte que existe una ligera tendencia de los encuestados al afirmar que el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, sí atenta contra la inversión privada.

Cuadro 13:

Usted cree que, lo establecido en los artículos 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y 124° de su Reglamento cumplen con lo dispuesto en el principio de eficacia y eficiencia.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	9	30,0 %	30,0 %	30,0 %
	En desacuerdo	11	36,67 %	36,67 %	66,67 %
	De acuerdo	9	30,0 %	30,0 %	96,67 %
	Totalmente de acuerdo	1	3,33 %	3,33 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	

¿ Usted cree que lo establecido en los artículos 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y 124° de su Reglamento cumplen con lo dispuesto en el principio de eficacia y eficiencia?



¿ Usted cree que lo establecido en los artículos 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y 124° de su Reglamento cumplen con lo dispuesto en el principio de eficacia y eficiencia?

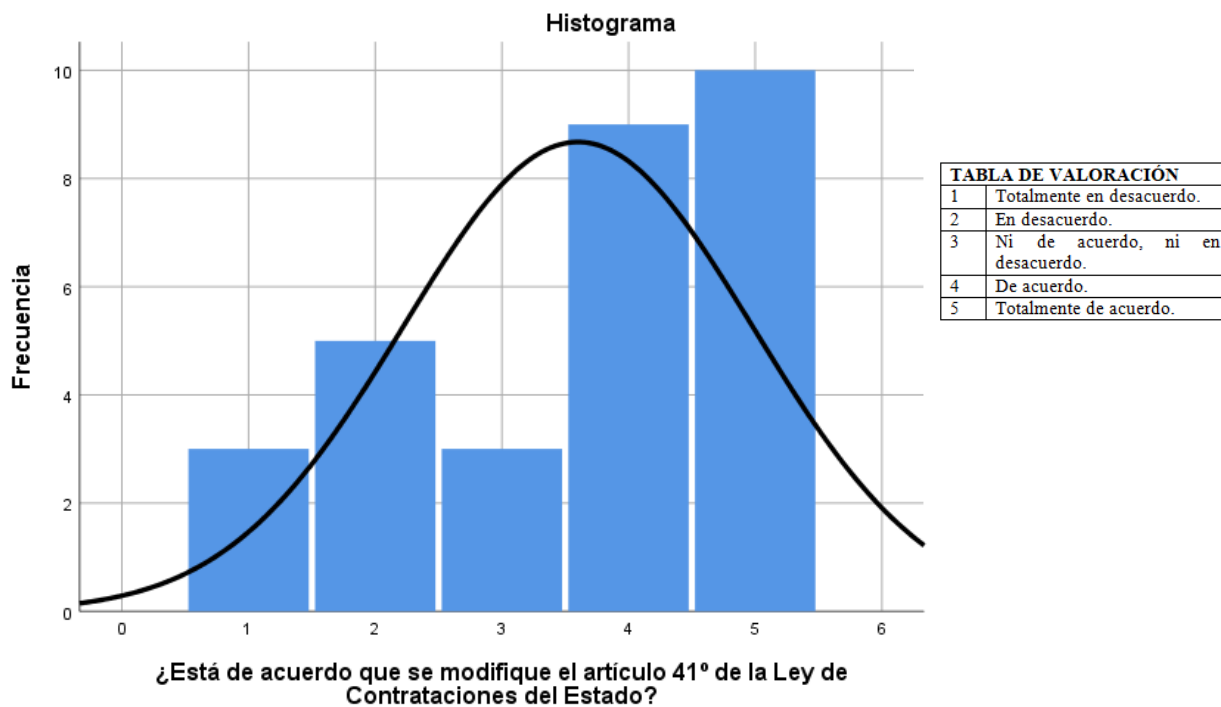
Interpretación:

Como es de verse del **cuadro 13** se aprecia que el 30 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 36.67 % se encuentran en desacuerdo, el 30 % se encuentran de acuerdo y el 3.33 % se encuentra totalmente de acuerdo a la afirmación No. 13, por lo tanto se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que lo establecido en los artículos 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y 124° de su Reglamento no cumplen con lo dispuesto en el principio de eficacia y eficiencia.

Cuadro 14:

Está de acuerdo que, se modifique el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	3	10,0 %	10,0 %	10,0 %
	En desacuerdo	5	16,7 %	16,7 %	26,7 %
	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	3	10,0 %	10,0 %	36,7 %
	De acuerdo	9	30,0 %	30,0 %	66,7 %
	Totalmente de acuerdo	10	33,3 %	33,3 %	100,0 %
	Total	30	100,0	100,0	



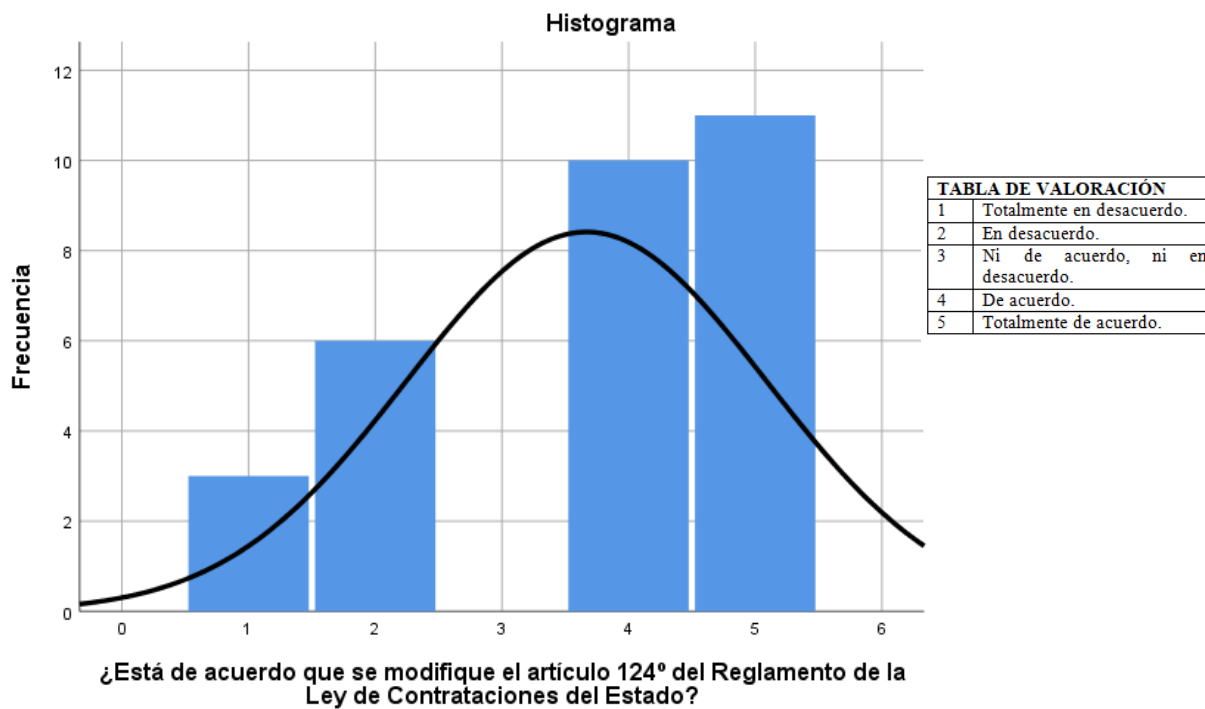
Interpretación:

Como es de verse del **cuadro 14** se aprecia que el 10 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 16.7 % se encuentran en desacuerdo, el 10 % se encuentran ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 30 % se encuentran de acuerdo y el 33.3 % se encuentra totalmente de acuerdo a la afirmación No. 14, por lo tanto, se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que se modifique el artículo 41º de la Ley de Contrataciones del Estado.

Cuadro 15:

Está de acuerdo que, se modifique el artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	3	10,0 %	10,0 %	10,0 %
	En desacuerdo	6	20,0 %	20,0 %	30,0 %
	De acuerdo	10	33,3 %	33,3 %	63,3 %
	Totalmente de acuerdo	11	36,7 %	36,7 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	



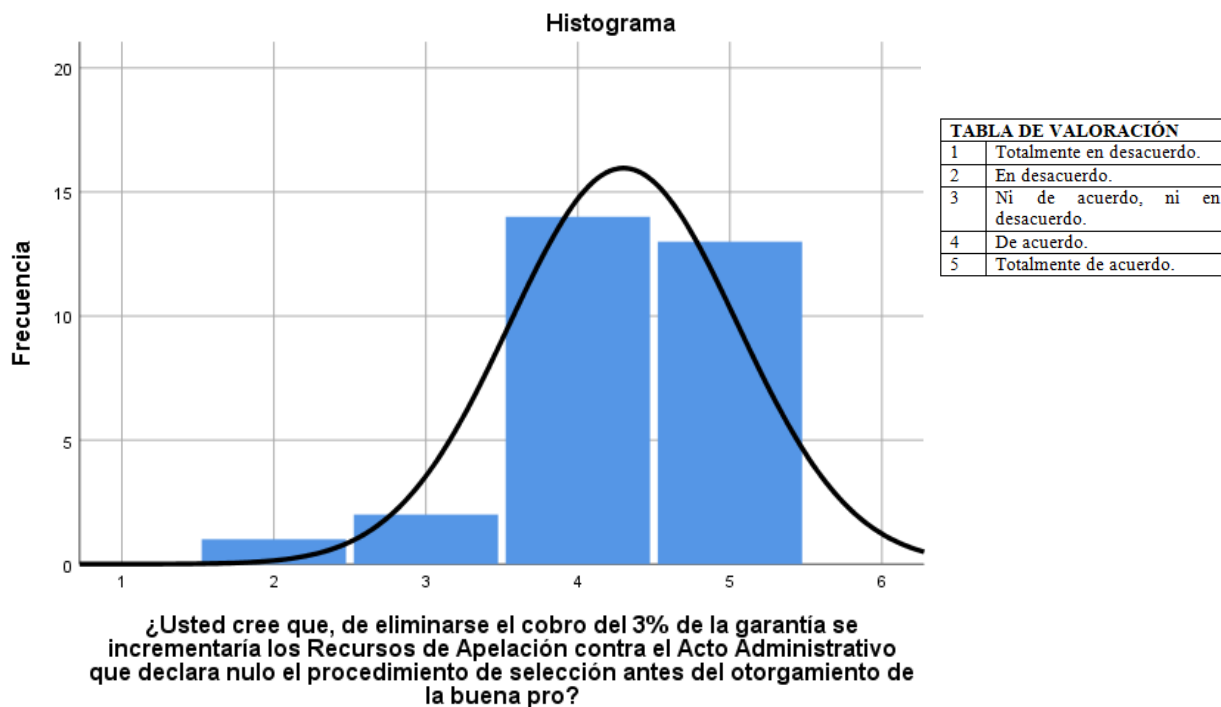
Interpretación:

Como es de verse del **cuadro 15** se aprecia que el 10 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 20 % se encuentran en desacuerdo, el 33.3 % se encuentran de acuerdo y el 36.7 % se encuentra totalmente de acuerdo a la afirmación No. 15, por lo tanto, se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que se modifique el artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Cuadro 16:

Usted cree que, de eliminarse el cobro del 3% de la garantía se incrementaría los Recursos de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje e válido	Porcentaje acumulado
Válido	En desacuerdo	1	3,3 %	3,3 %	3,3 %
	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	2	6,7 %	6,7 %	10,0 %
	De acuerdo	14	46,7 %	46,7 %	56,7 %
	Totalmente de acuerdo	13	43,3 %	43,3 %	100,0 %
	Total	30	100,0 %	100,0 %	



Interpretación:

Como es de verse del **cuadro 16** se aprecia que el 3.3 % de los encuestados se encuentran en totalmente en desacuerdo, el 6.7 % se encuentran ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 46.7 % se encuentran de acuerdo y el 43.30 % se encuentra totalmente de acuerdo a la afirmación No. 16, por lo tanto se advierte que existe una evidente tendencia de los encuestados al afirmar que de eliminarse el cobro del 3% de la garantía sí se incrementaría los Recursos de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro.

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Habiéndose efectuado el análisis de la información recabada, con el objeto de comprobar las hipótesis y el logro de los objetivos, para lo cual se procesó la información empírica, procediéndose de la siguiente forma.

De los resultados obtenidos en las encuestas se sostiene que la Hipótesis general del presente estudio se enuncia de la siguiente manera: El cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del recurso de apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, vulnera los derechos de defensa, debido procedimiento, igualdad de los proveedores participantes, así como la libre competencia y concurrencia, la libertad de empresa y a su vez constituye un abuso del derecho.

Hoy en día, la normatividad de contrataciones del Estado vigente si bien contempla el cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del recurso de apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, éste vulnera los principios que rigen la misma normativa, por lo tanto, la presente tesis tiene como objetivo determinar que las causas que influyen para dicho cobro no es proporcional.

El resultado, según las encuestas y el análisis de la legislación, existe una evidente tendencia de los encuestados a considerar que se modifiquen el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado vigente y el artículo 124° de su Reglamento, en la medida que el cobro 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de

selección antes del otorgamiento de la buena pro afecta la inversión privada y la igualdad de trato entre las empresas.

La primera hipótesis específica: El cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, se ha convertido en un mecanismo meramente formal y un requisito sumamente oneroso que constituye un obstáculo para la libre concurrencia de postores.

La segunda hipótesis específica: La sola regulación en la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, ordenándole a las Entidades públicas promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias no constituye una garantía para el cumplimiento del principio de libre concurrencia.

La tercera hipótesis específica: La práctica sistemática del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) de cobrar el 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro afecta e incide negativamente en la construcción de una cultura constitucional en los procesos del Contrataciones del Estado.

Al verificar nuestras hipótesis, se verifica que son válidas porque encontramos también un alto convencimiento, respecto a que dicho cobro no es proporcional, transgrede el principio de libre concurrencia, principio de legalidad, principio de competencia, el principio de igualdad de trato,

atenta contra la inversión privada, los derechos de defensa y no cumple con lo dispuesto en el principio de eficacia y eficiencia, en esa medida, se sugieren que al eliminarse el cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro se tendrá que realizar una modificatoria en el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado vigente y el numeral 124.1 del artículo 124° de su Reglamento, por lo tanto, se confirma nuestra hipótesis planteada.

VI. CONCLUSIONES

1. Se aprecia que el excesivo e inadecuado cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, es una regulación que asigna un alto nivel de rigidez y restrictiva situación que impide que los proveedores puedan participar en igualdad de condiciones; vulnerando los principios de libre concurrencia de la contratación pública.
2. Las exigencias del cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, como requisito de admisibilidad constituye una Barrera Económica en contra de los proveedores, quienes tienen que asumir costos que desalientan, obstaculizan e incrementan el acceso al mercado estatal.
3. Siendo el Estado el principal comprador, se necesita que este cuente con un sistema de contrataciones públicas eficientes orientado hacia una gestión por resultados, que promueva las inversiones, que sea claro, contribuyendo con ello el desarrollo económico del país, por lo que necesita una visión de control discrecional y de simplificación de las contrataciones públicas, dejando de lado el control ultra legalista.
4. La inestabilidad de la normativa de contrataciones conlleva a que los proveedores tengan dificultad a la adaptación de los procedimientos de selección, agravando ello más con la

excesiva rigidez de la norma y la cultura de control, concentrados en el cumplimiento de las fases estrictas y formales.

5. El objetivo de todo Estado democrático es garantizar jurídica y políticamente el impulso a la inversión privada para que su economía sea el principal eje del desarrollo del país, siendo uno de sus compromisos la eliminación de barreras democráticas (el 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro), flexibilizando los controles; permitiendo con ello el incentivo de los proveedores con igualdad de condiciones.

VII. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado modificada por Decreto Legislativo N° 1444 y el numeral 124.1 del artículo 124° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, se modifiquen eliminando el cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro, como requisito de admisibilidad; permitiendo que las compras en los tres (03) niveles de Gobierno (Central, Regional y Local) sean más eficientes de conformidad con los principios de la normativa de contrataciones.
2. En ese sentido se adjunta el Proyecto de Decreto Ley que modifica el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado modificada por Decreto Legislativo N° 1444 y numeral 124.1 el artículo 124° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

VIII. REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (2002). *Derecho Civil II : Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Bosch.
- Alzate , P. (2008). *Am Abogados*. Obtenido de <http://www.am-abogados.com/blog/el-contrato-definicion-y-tipos/110/>.
- Ariano, E. (2005). Pluralidad de la instancia. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ariño G. (1995). *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- Beladiez Rojo, M. (1994). *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*. Madrid : Marcial Pons.
- Bacacorzo, G. (1992). *Tratado de Derecho Administrativo del Perú*. Tomos I (Sustantivo) y II (Adjetivo). Lima: gaceta jurídica.
- Bassols, M. (1998). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.
- Beltrán varillas, C. (2005). Principio de no ser privado del derecho de defensa. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Editora RAO S.R.L.
- Bernardis, I. (1995). *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Cultural Cuzco.
- Bilbao, j. y Martínez, f. (2003). El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española. En:
- Bobbio, Norberto. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona - Buenos Aires – México: Ediciones Paidós. ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona. Brewer-Carías, Allan R. (2003). *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Colombia.

Bullard, A. (1996). Estudios de análisis económico del Derecho.

Lima: Ara Editores.

Bullard, A. (2005). La regulación constitucional de los monopolios y las políticas de competencia.

En: La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I.

Lima: Gaceta Jurídica.

Carbonell, m. (compilador). El principio de igualdad constitucional. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Carbonell, m. (2004). Los derechos fundamentales en México. UNAM. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Carocca A. (1996). Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la tutela judicial efectiva en España. En Revista Jurídica del Perú, Año xlvi, N° 2.

Lima: Editora Normas Legales.

Cassagne, J. (1994). Derecho Administrativo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cassagne, J. C. (1994). *Derecho Administrativo* (Vol. Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Cervantes Anaya, D. A. (2004). *Manual de Derecho Corporativo*. Lima, Perú: RHODAS.

Comadira, J. (2000). *Derecho administrativo: acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Coase, r. (1996). La naturaleza de la empresa. En: WILLIAMSON, Oliver y WINTER, Sydney.

La naturaleza de la empresa. Orígenes, evolución y desarrollo. México: Fondo de Cultura Económica. Comadira, J. (2002). “La Anulación de Oficio del Acto Administrativo”.

Buenos Aires, Argentina: Editorial Ciencias de la Administración.

Cosculluela L. (1993). Manual de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas.

- Clapham, r. (1979). La economía social de mercado como sistema político ordenador. VARIOS AUTORES. Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán.
Lima: Cámara de Comercio e Industria Peruano Alemana.
- Danos, J. (2003). "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General". Ara Editores.
- De Juan asenjo, A. (1984). La Constitución económica española. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales
- De la Puente y Lavalle, M. (2011). *El Contrato en General* . Lima: Palestra Editores.
- Dromi, J. (1996). El procedimiento administrativo. Madrid, España: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Dromi, R. (2000). Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.
- Dworkin, R. (1995). Los derechos en serio. Barcelona: Ariel.
- Diéz Picazo, L. (2016). *Sistema de Derecho Civil Vol. I*. Madrid: Tecnos.
- Espinosa, E. (2005). Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Primera Edición. Lima: Jurista Editores.
- Espinosa, E. (2000). El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular. En: "Cuadernos jurisprudenciales". Lima: Ediciones Legales.
- Espinoza J. (2005). Ejercicio abusivo del derecho. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo I, Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández, F. (1994). La dogmática de los derechos humanos. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Fernández, C. (1990). El abuso de derecho. VARIOS AUTORES, Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Lima: Universidad de Lima.

- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Friedman, M y Friedman, R. (1992). *Libertad de elegir*. Barcelona, España: Editorial Grijalbo.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gonzales J. (2000). *Manual de procedimiento administrativo*. Madrid. España: Editorial Civitas.
- Gutiérrez, W. y Sosa J. (2005). *Igualdad ante la ley* En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gutiérrez, W. (2005). *Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo*. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Guerrero, V. (2016). *El Proceso Contencioso Administrativo*. Lima : Lex & Iuris .
- Guzmán, J. (2005). *Contrataciones y adquisiciones del Estado*. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Huerta, L. (2003). *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, Lima.
- Kresalja, B. *La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993*. En: "Ius et Veritas" N° 22, Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho, Lima.
- Kresalja, B. (2004). *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*. En: "Libro homenaje a Jorge Avendaño". Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Landa, C. (2001). *El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. En: "Pensamiento Constitucional". N° 8. Lima.

- Larenz, K. (1985). *Derecho de Obligaciones Tomo I*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Lavalle, M. . (2011). *El contrato general*. Lima: palestra editores.
- Meier, H. (2011). *Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo*. Caracas: Alva S.R.L.
- Monedero, J. (1977). *Doctrina general del contrato administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Monroy, M. (1986). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis.
- Monroy, J. (1993). *Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992*.
En: Themis, N° 15.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Santafé de Bogotá:
- Monroy, J. (2005). *Debido proceso y tutela jurisdiccional*. En: *La Constitución comentada*.
Análisis artículo por artículo. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J. (2008). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*.
Lima: Gaceta Jurídica.
- Morales, J. (1995). *La garantía constitucional del debido proceso*.
En: "Diálogo con la Jurisprudencia". N° 2. Lima.
- Morante, L. (2016). *Nueva ley y reglamento de las contrataciones del Estado*.
Lima: instituto pacífico s.a.c.
- Morón, J. (2001). "Comentarios a la Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General"
Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón, J. (2015). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*.
Lima: Gaceta Jurídica.
- Meier, E. (2001). "Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo"
Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L.

- Obando, V. (2001). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Palestra.
- O'donnell, D. (1988). Protección internacional de los derechos humanos. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Ortega, J. P. (2012). *Nulidad en el Proceso Contencioso Administrativo (Tesis de Pregrado)*. Universidad Rafael Landívar, Guatemala.
- Parada, R. (1995). Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons.
- Parejo, L. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Perez Ortiz, R. (2013). *Eficacia y Validez del Acto Administrativo (Tesis de Postgrado)*. Universidad Nacional de Colombia, Bogota.
- Pipes, R. (2002). Propiedad y libertad, dos conceptos inseparables a lo largo de la historia. Turner. México: Fondo de Cultura Económica.
- Priori, G. (2003). Reflexiones en tomo al doble grado de jurisdicción. En: *Advocatus*. Nueva Época, N° 9, Lima.
- Quiroga A. (1989). Las garantías constitucionales de la administración de justicia. VARIOS AUTORES. La Constitución diez años después. Lima: Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann.
- Quiroga, A. (2003). El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos: jurisprudencia. Lima: jurista editores.
- Reyes Y. (3 de Octubre de 1995). El contrato de estabilidad jurídica como mecanismo para garantizar la inversión. *El Peruano*, pág. 9.
- Rubio , M. (1999). *Estudio de la Constitución de 1993. Tomo II* . Lima: PUCP .
- Rubio, M. (1986). Título Preliminar (Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. III).

Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Santamaría, J. (2000). *Principios de Derecho Administrativo. Volumen I*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Sayagués, E. (1959). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: FCU.

Spota, A. (1975). *Instituciones de Derecho Civil - Contratos. Tomo 1*. Buenos Aires: De Palma.

Van mises, L. (1995). *La acción humana. Tratado de Economía*. Madrid: Unión Editorial.

Velarde, R. (2002). *El contrato*.

Recuperado de: https://www.rodriuezvelarde.com.pe/pdf/libro1_parte1_cap2.pdf.

Decreto supremo 3548. (Mayo 2018). Recuperado de [:http://www.economiayfinanzas.gob.bo/index.php?opcion=com_contenido&ver=contenido&id=4111&id_item=306&seccion=230&categoria=330](http://www.economiayfinanzas.gob.bo/index.php?opcion=com_contenido&ver=contenido&id=4111&id_item=306&seccion=230&categoria=330). Consultado el: 11 de junio de 2018).

IX. ANEXOS

Anexo N° 1: Matriz de consistencia de investigación

Título: “El cobro de garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro – Ley de Contrataciones del Estado”

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables e Indicadores	Instrumentos
<p>Problema Principal</p> <p>¿cuáles son las causas que inciden para que los proveedores en un procedimiento de selección tengan que pagar al organismo supervisor de las contrataciones del estado (osce) el 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del recurso de apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro?</p> <p>Problema Específico</p> <p>¿Qué medidas deben adoptarse para que se revierta la situación inconstitucional respecto al cobro a los proveedores del 3% del valor</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar las causas que influyen para el cobro a los proveedores en un procedimiento de selección por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.</p> <p>Objetivos Específicos</p> <p>Identificar los posibles errores u obstáculos que generan que los proveedores en un procedimiento de selección tengan que pagar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) el 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.</p> <p>Coadyuvar en la edificación de una cultura constitucional.</p> <p>Proponer alternativas de solución para que los proveedores ya no tengan que</p>	<p>Hipótesis Principal</p> <p>El cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro vulnera los derechos de defensa, debido procedimiento, igualdad de los proveedores participantes, así como la libre competencia y concurrencia, la libertad de empresa y constituye un Abuso del derecho.</p> <p>Hipótesis Específicas</p> <p>El cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro se ha convertido en un mecanismo meramente formal y un requisito sumamente oneroso que constituye un obstáculo para la libre concurrencia de postores.</p> <p>La sola regulación en la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, ordenándole a las Entidades públicas promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen,</p>	<p>V.I: La libre concurrencia de proveedores en los procedimientos de contrataciones del Estado.</p> <p>Indicadores:</p> <p>Supresión del pago de tasas para impugnar actos administrativos.</p> <p>Procedimiento simplificado para la apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.</p> <p>V.D: Eliminación del cobro del 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro.</p> <p>Indicadores:</p> <p>Celeridad de los procesos.</p>	<p>Instrumentos de recolección de datos e informaciones:</p> <p>Fuentes bibliográficas</p> <p>Técnicas de Observación</p> <p>Fuentes Hemerográficas</p> <p>Hemerotecas especialidades</p> <p>Análisis de contenido.</p>

<p>total del procedimiento de selección como garantía por interposición del recurso de apelación de los actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro?</p>	<p>efectuar el pago de esta garantía para presentar Recurso de Apelación.</p>	<p>debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias no constituye una garantía para el cumplimiento del principio de libre concurrencia. La práctica sistemática del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) de cobrar el 3% del valor total del procedimiento de selección como garantía por interposición del Recurso de Apelación de actos dictados antes del otorgamiento de la buena pro afecta e incide negativamente en la construcción de una cultura constitucional en los procesos del Contrataciones del Estado.</p>	<p>Reducción de etapas administrativas.</p>	
--	---	---	---	--

Anexo N.º 2:**Ficha técnica del instrumento**

A fin de determinar el grado de validez de las hipótesis y de sus variables se organizó la presente encuesta para evaluar las actitudes respecto al cobro de garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro.

Escala de evaluación:

TABLA DE VALORACIÓN	
1	Totalmente en desacuerdo.
2	En desacuerdo.
3	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo.
4	De acuerdo.
5	Totalmente de acuerdo.

CUESTIONARIO:**ENCUESTA**

Escala de la interpretación de: El cobro de la garantía en el Recurso de Apelación contra el Acto Administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes otorgamiento de la buena pro.

Marque y complete sus datos a continuación:

Nombre y apellido: _____

Cargo/puesto: _____

Persona Jurídica (empresa): _____

Estimado(a) Señor(a), este cuestionario contiene preguntas que pretende medir opiniones sobre el cobro de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro. Solicito responder de acuerdo a su punto de vista.

El cuestionario está compuesto por 16 ítems y tiene 5 alternativas. Marque en la casilla adecuada, de acuerdo con su punto de vista (solo marque un casillero por ítem).

TABLA DE VALORACIÓN	
1	Totalmente en desacuerdo.
2	En desacuerdo.
3	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo.
4	De acuerdo.
5	Totalmente de acuerdo.

N°	ITEMS	CATEGORIA				
		1	2	3	4	5
1	¿Usted cree que, el cobro de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, es procedente como requisito de admisibilidad?					
2	¿Cree usted que el monto estimado del cobro (3%) del monto total del valor referencial por la interposición del recurso de apelación es proporcional?					
3	¿Cree usted que al eliminar el cobro de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, permitirá un beneficio al postor?					
4	¿Cree usted que el cobro de la garantía sería el principal motivo por el que los proveedores no presentan recurso de apelación que cuestione la decisión de la entidad de declarar nulo el proceso de selección antes del otorgamiento de la buena pro?					
5	¿Está de acuerdo que los Titulares de la Entidad designados como funcionarios públicos (nuevos) declaren de oficio la nulidad de los procedimientos de selección convocados en el SEACE, sin contar con la motivación exigida por la normativa de contrataciones?					
6	¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de libre concurrencia?					
7	¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de transparencia?					
8	¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que					

	declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de legalidad?					
9	¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede el principio de competencia?					
10	¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, transgrede los derechos de defensa?					
11	¿Cree usted que se estaría transgrediendo el principio de igualdad de trato al exigir el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro a una MYPE?					
12	¿Usted cree que, el cobro del 3% de la garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro, atenta contra la inversión privada?					
13	¿Usted cree que lo establecido en los artículos 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y 124° de su Reglamento cumplen con lo dispuesto en el principio de eficacia y eficiencia?					
14	¿Está de acuerdo que se modifique el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado?					
15	¿Está de acuerdo que se modifique el artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?					
16	¿Usted cree que, de eliminarse el cobro del 3% de la garantía se incrementaría los recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro?					

Anexo N.º 3:**Validación del instrumento por experto**

Luego de revisado el instrumento a utilizar en la presente investigación “El cobro de garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro – Ley de Contrataciones del Estado”, la calificación a la cual arribe es la siguiente:

Nº	PREGUNTA	50	60	70	80	90	100
1	¿En qué proporción (%) se conseguirá comprobar la hipótesis formulada con el presente instrumento?					X	
2	¿En qué proporción (%) valora que las interrogantes expuestas en el cuestionario se encuentran aludidas a las variables e indicadores de la presente investigación?					X	
3	¿Qué proporción (¿%) considera que las preguntas formuladas en el cuestionario son convenientes para alcanzar el objetivo general de la presente investigación?				X		

4	¿En qué proporción (%) valora que las interrogantes expuestas en el cuestionario son de sencillo entendimiento?					X	
5	¿En qué proporción (%) valora que las preguntas siguen un sentido común en cuanto a su continuación?					X	
6	¿En qué proporción (%) se conseguirá información semejante con esta comprobación adaptándolo en otras muestras?					X	

Fecha: 30 de enero de 2019.

Validado favorablemente por:

Abogado Freddy Hernán Hinojosa Ángulo

Catedrático en gestión pública de la Universidad ESAN y consultor en administración con 18 años de experiencia en dirección de organizaciones públicas, privadas y proyectos sociales.

CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO DETERMINADA POR EXPERTO

Se ha determinado la confiabilidad del instrumento que se utilizará en esta investigación titulada “El cobro de garantía en el recurso de apelación contra el acto administrativo que declara nulo el procedimiento de selección antes del otorgamiento de la buena pro – Ley de Contrataciones del Estado” por cuanto es factible para que las entidades públicas lo apliquen en el marco que rige la normativa de contratación pública.

Esto es, los resultados conseguidos con el cuestionario elaborado en una establecida oportunidad bajo evidentes circunstancias serán semejantes si se valorara las mismas muestras en circunstancias parecidas. Esta postura mencionada refiere a la justa precisión en que el instrumento (cuestionario) valora lo que se intenta corroborar, lo cual denota una segura confiabilidad del referido instrumento.

En virtud de ello, cuando se habla de confiabilidad del instrumento se alude a los términos de seguridad y racionalización de los resultados que se obtendrán. Ello es el sentido que usualmente aceptan los investigadores, el mismo que es factible para alcanzar en la presente investigación.

Existe una forma distinta de verificar la confiabilidad del cuestionario, esta es a través de la pregunta: ¿En qué medida los resultados conseguidos con el instrumento fundan la medida certera de las variables que se desea medir? Este sentido que se le da a la confiabilidad del instrumento mencionado es sinónimo de certeza; el cual es viable de alcanzar con el cuestionario a utilizar en la presente investigación.

Asimismo, hay otra posibilidad de verificar la confiabilidad del instrumento a utilizar a través de la pregunta: ¿Cuál es el margen de error implícito en la medición del instrumento?, de lo indicado en la interrogante se infiere que mientras haya un mayor margen de error implícito en la medición del instrumento, este será menos confiable y seguro. Al respecto, la confiabilidad puede explicarse como la falta relativa del error en la medición del instrumento; de ello se recoge que es sinónimo de seguridad y precisión; en ese sentido, este trabajo tiene un margen de error mínimo generalmente aprobado por los investigadores, por esta razón otorga mayor precisión al instrumento. Asimismo, dicha confiabilidad se encuentra orientada al grado de homogeneidad del instrumento en concordancia con las variables planteadas, de ello se deduce que la presente investigación tiene un alto grado de homogeneidad.

Determinada la confiabilidad del instrumento por:

Lima 27 de febrero 2019.

Abogado Freddy Hernán Hinojosa Ángulo

Catedrático en gestión pública de la Universidad ESAN y consultor en administración con 18 años de experiencia en dirección de organizaciones públicas, privadas y proyectos sociales.

Anexo N.º 4:**PROPUESTA LEGISLATIVA QUE MODIFICA EL NUMERAL 41.5 DEL
ARTÍCULO 41º DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1444 Y EL NUMERAL 124.1
ARTÍCULO 124º DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES
DEL ESTADO APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 344-2018-EF****DICE:**

El artículo 41º del Decreto Legislativo N° 1444 el mismo que establece lo siguiente:

“Artículo 41.- Recursos administrativos

41.1 Las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento. No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento.

41.2 El recurso de apelación solo puede interponerse luego de otorgada la Buena Pro o después de publicado los resultados de adjudicación en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.

El reglamento establece el procedimiento, requisitos y plazo para su presentación y resolución.

41.3 El recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo Valor estimado o Valor Referencial sea superior a cincuenta (50) UIT y de procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Los actos que declaren la nulidad de oficio y otros actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuidad del procedimiento de selección, distintos de aquellos que resuelven los recursos de apelación, solo pueden impugnarse ante el Tribunal. (...)

41.5 La garantía por interposición del recurso de apelación debe otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda. El monto de la garantía es de hasta el tres por ciento (3%) del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar.

(...)” El artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF señala lo siguiente:

“Artículo 124. Garantía por la interposición

124.1. La garantía que respalda la interposición del recurso de apelación, de conformidad con el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley, es otorgada a favor de la Entidad o del OSCE, según corresponda, por una suma equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del procedimiento de selección impugnado, según

corresponda. En los procedimientos de selección según relación de ítems, el monto de la garantía es equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del respectivo ítem.

(...)”

DEBE DECIR:

El artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 el mismo que establece lo siguiente:

“Artículo 41.- Recursos administrativos

41.1 Las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento. No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento.

41.2 El recurso de apelación solo puede interponerse luego de otorgada la Buena Pro o después de publicado los resultados de adjudicación en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco. El reglamento establece el procedimiento, requisitos y plazo para su presentación y resolución.

41.3 El recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo Valor estimado o Valor Referencial sea superior a cincuenta (50) UIT y de procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Los actos que declaren la nulidad de oficio y otros actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuidad del procedimiento de selección, distintos de aquellos que resuelven los recursos de apelación, solo pueden impugnarse ante el Tribunal. (...)

41.5 La interposición del recurso de apelación debe dirigirse ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda.

(...)”

El artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF señala lo siguiente:

“Artículo 124. Garantía por la interposición

124.1. La interposición del recurso de apelación, de conformidad con el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley, es dirigida a la Entidad o al OSCE, según corresponda, siendo que para los procedimientos de selección cuyo Valor estimado o Valor Referencial sea superior a cincuenta (50) UIT serán resueltos por el Tribunal de Contrataciones del Estado (OSCE).

Anexo N.º 5:

Proyecto de ley que modifica el numeral 41.5 artículo 41º del decreto legislativo n° 1444 que modifica el decreto legislativo n° 30225 ley de contrataciones del estado; y el numeral 124.1 artículo 124º del reglamento de la ley de contrataciones del estado aprobado mediante decreto supremo n° 344-2018-ef.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 61º de la Constitución Política del Perú de 1993, el Estado facilita y vigila la libre competencia; por lo que deben garantizar competir sin ninguna restricción y/u obstáculos;

Que, el numeral 41.5 del artículo 41º del Decreto Legislativo N° 1444 establece que la garantía por interposición del recurso de apelación debe otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda. El monto de la garantía es de hasta el tres por ciento (3%) del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar;

Que, el numeral 124.1 artículo 124º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF señala que *la garantía que respalda la interposición del recurso de apelación, de conformidad con el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley, es otorgada a favor de la Entidad o del OSCE, según corresponda, por una suma equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del procedimiento de selección impugnado, según corresponda. En los procedimientos de selección según relación de ítems, el monto de la*

garantía es equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del respectivo ítem;

Que, literal a) del artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores;

Que, literal c) del artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Que, en consecuencia, resulta modificar el numeral 41.5 artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el numeral 124.1 artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF;

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:**Artículo 1.- Aprobación**

Modificar el numeral 41.5 del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el numeral 124.1 artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Artículo 2.- Vigencia

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 3.- Refrendo

La presente Ley será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas.

LEY QUE MODIFICA EL NUMERAL 41.5 DEL ARTÍCULO 41° DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1444 Y EL NUMERAL 124.1 ARTÍCULO 124° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 344-2018-EF

Artículo 1.- Objeto

La presente Ley tiene por objeto modificar el numeral 41.5 del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el Numeral 124.1 del artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Artículo 2.- Modificación del numeral 41.5 del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el Numeral 124.1 del artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Modifícase el numeral 41.5 del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el Numeral 124.1 del artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en los términos siguientes:

Numeral 41.5 del Artículo 41.- Recursos administrativos

41.5 La interposición del recurso de apelación debe dirigirse ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda.

Numeral 124.1 del Artículo 124- Garantía por la interposición

124.1. La interposición del recurso de apelación, de conformidad con el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley, es dirigida a la Entidad o al OSCE, según corresponda, siendo que para los procedimientos de selección cuyo Valor estimado o Valor Referencial sea superior a cincuenta (50) UIT serán resueltos por el Tribunal de Contrataciones del Estado (OSCE).

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL**ÚNICA. - Vigencia**

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Comuníquese al señor Presidente de la Republica para su promulgación.

Anexo N.º 6:**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS****A. ANTECEDENTES Y DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

En el 2008 se promulgó el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, posteriormente en enero de 2009 se promulgó el Decreto Supremo N° 184-EF-2008 el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Decreto Legislativo no fue discutido en el Congreso, sino que fue directamente promulgado por el Poder Ejecutivo en el marco de la delegación de facultades para legislar otorgada por el Parlamento en el marco de la adecuación de la normativa nacional al Tratado de Libre Comercio con Estado Unidos.

Posteriormente el Decreto Legislativo 1017 fue modificado por la Ley N° 29873 y la Ley N° 30154. Por su parte el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-EF-2008 fue modificado por los Decretos Supremos N° 138-2012-EF, N° 116-2013-EF y N° 080-2014-EF. Asimismo, en el año 2014 se promulgó la Ley 30225 que derogó el Decreto Legislativo N° 1017, esta normativa igualmente fue modificada por el Decreto legislativo N° 1444 actualmente vigente.

El 16 de setiembre de 2018, se publica en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N.º 1444 el mismo que establece en su artículo 41º lo siguiente:

“Artículo 41.- Recursos administrativos

41.1 Las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento. No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento.

41.2 El recurso de apelación solo puede interponerse luego de otorgada la Buena Pro o después de publicado los resultados de adjudicación en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco. El reglamento establece el procedimiento, requisitos y plazo para su presentación y resolución.

41.3 El recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo Valor estimado o Valor Referencial sea superior a cincuenta (50) UIT y de procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Los actos que declaren la nulidad de oficio y otros actos emitidos por el Titular de la Entidad que

afecten la continuidad del procedimiento de selección, distintos de aquellos que resuelven los recursos de apelación, solo pueden impugnarse ante el Tribunal. (...)

41.5 La garantía por interposición del recurso de apelación debe otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda. El monto de la garantía es de hasta el tres por ciento (3%) del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar.

(...)”

Por otro lado, también el artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF señala lo siguiente:

“Artículo 124. Garantía por la interposición

124.1. La garantía que respalda la interposición del recurso de apelación, de conformidad con el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley, es otorgada a favor de la Entidad o del OSCE, según corresponda, por una suma equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del procedimiento de selección impugnado, según corresponda. En los procedimientos de selección según relación de ítems, el monto de la garantía es equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del respectivo ítem.

(...)”

En el marco de los principios expuestos en la normativa de contrataciones se hace referencia a un objetivo central que busca una gestión pública orientada a resultados permitiendo con ello contar con funcionarios públicos calificados y motivados asegurando la transparencia y participación en los procedimientos de selección, promoviendo la libre concurrencia de los proveedores evitando exigencias y formalidades costosas e innecesarias.

En ese sentido, al exigir el cobro del 3% como garantía de interposición de recurso de apelación antes del otorgamiento de la buena pro como requisito de admisibilidad, atenta contra los derechos constitucionales que protegen a los proveedores y contraviene con lo establecido en el principio de libre concurrencia establecido en el artículo 2° de la referida Ley.

En este contexto; **es necesario establecer disposiciones en la regulación nacional de contrataciones públicas que eliminen las barreras burocráticas que impiden o limiten la libre participación de los proveedores en las contrataciones estatales.**

B. EXPOSICIÓN DE LA PROPUESTA

Considerando la problemática señalada, se propone mediante Ley, modificar el numeral 41.5° artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el numeral 124.1° del artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En consecuencia, se propone aprobar el siguiente texto:

LEY QUE MODIFICA EL NUMERAL 41.5 DEL ARTÍCULO 41° DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1444 Y EL NUMERAL 124.1 ARTÍCULO 124° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 344-2018-EF

Artículo 1.- Objeto

La presente Ley tiene por objeto modificar el numeral 41.5 del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el Numeral 124.1 del artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Artículo 2.- Modificación del numeral 41.5 del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el Numeral 124.1 del artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Modifícase el numeral 41.5 del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el Numeral 124.1 del artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en los términos siguientes:

Numeral 4.5 del Artículo 41.- Recursos administrativos

41.5 La interposición del recurso de apelación debe dirigirse ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda.

Numeral 124.1 del Artículo 124.- Garantía por la interposición

124.1. La interposición del recurso de apelación, de conformidad con el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley, es dirigida a la Entidad o al OSCE, según corresponda, siendo que para los procedimientos de selección cuyo Valor estimado o Valor Referencial sea superior a cincuenta (50) UIT serán resueltos por el Tribunal de Contrataciones del Estado (OSCE).

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL**ÚNICA. - Vigencia**

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Comuníquese al señor Presidente de la Republica para su promulgación.

C. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LA PROPUESTA

La propuesta presentada está alineada al ordenamiento constitucional y jurídico nacional. De conformidad al artículo 61° de la Constitución Política del Perú de 1993, el Estado facilita y vigila la libre competencia.

En este marco, las personas jurídicas cumplen un rol importante en la sociedad principalmente en la economía, por lo que deben contar con garantías otorgadas por el Estado que le permitan competir sin ninguna restricción y/u obstáculos.

El numeral 41.5° artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el numeral 124.1° artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, establecen el pago del 3% como garantía de interposición de recurso de apelación antes del otorgamiento de la buena pro como requisito de admisibilidad.

En esta misma línea de argumentación, es imperativo que se dicten disposiciones respecto de la procedencia del pago como garantía (3% del valor referencial) por interposición de recurso de apelación antes del otorgamiento de la buena pro; por ello la propuesta normativa establece las modificatorias de ambos artículos.

En ese sentido, en ejercicio de la legalidad y considerando la problemática expuesta, resulta oportuno y necesario que en cumplimiento del mandato legal y en el marco de las competencias del Congreso de la Republica y el voto aprobatorio de la Presidencia de Consejo de Ministros, se aprueben mediante Ley la modificación del numeral 41.5° artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el numeral 124.1° artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

D. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La aplicación de la propuesta normativa no genera gastos adicionales en el presupuesto del sector público, toda vez que regula los alcances de los principios de la normativa de contrataciones orientada a una gestión pública por resultados, siendo el más beneficiado el propio Estado.

Por lo que, los beneficios que conlleva la propuesta normativa son mayores que sus costos.

**E. ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA
LEGISLACIÓN NACIONAL**

La aprobación de la propuesta normativa, conlleva la modificación del numeral 41.5° artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1444 y el numeral 124.1° artículo 124° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Lima, marzo de 2019.