

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS MALICIOSOS O MANIFIESTAMENTE
INFUNDADOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 50°.1 INCISO N) DE LA
LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: ENTRE LA
DISCRECIONALIDAD Y LA ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

ABOGADO

AUTORA

PAZ LOPEZ, DIANA CRISTINA

Chiclayo, 22 de noviembre 2018

**ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS MALICIOSOS O
MANIFIESTAMENTE INFUNDADOS CONTENIDOS EN EL
ARTÍCULO 50°.1 INCISO N) DE LA LEY DE CONTRATACIONES
DEL ESTADO: ENTRE LA DISCRECIONALIDAD Y LA
ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA**

PRESENTADA POR:

PAZ LOPEZ, DIANA CRISTINA

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de:

ABOGADO

APROBADA POR:

Mtro. Mogollón Pacherre Percy Orlando

PRESIDENTE

Abog. Beatriz Arbañil Chicoma

SECRETARIO

Mtro. Vines Arbulú Cesar Martín

ASESOR

DEDICATORIA

A mis padres

Socorro y Ricardo, por confiar en mí y brindarme todo su apoyo tanto moral como económico, de ellos aprendí a esforzarme para lograr lo que me proponga. Son mi fortaleza que me permite vencer cualquier obstáculo.

A mis hermanos

Karina y Juan Ricardo, para que sepan que todo esfuerzo tiene una recompensa y que en esta vida uno mismo pone sus límites.

A mis Familiares

En especial a mis queridos abuelos: Emma, Avelina, Roldán y Walter, quienes se alegran con cada logro que obtengo y me inspiran a seguir creciendo como persona y profesionalmente.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por haberme dado la vida, una familia y por cada prueba que me ayuda a fortalecer mi fe en Él.

A mis queridos padres, Socorro y Ricardo por su amor incondicional, y por creer en mí en todo momento.

A mi asesor el Dr. Martín Vincés, por su paciencia y gran apoyo quien compartió sus conocimientos para el desarrollo de esta tesis.

A Jhonn, quien no solo me apoyo moralmente en este largo camino; sino que además escuchó cada avance de mi tesis, nunca dudó de mi capacidad.

A mis mejores amigos, en especial a Olenka, quienes me animaron siempre sobre todo en los momentos difíciles a lo largo de la elaboración de esta tesis. ¡Qué haría sin ustedes!

RESUMEN

En la presente investigación se analiza si los términos ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’ son términos jurídicamente indeterminados que han sido recogidos en el artículo 50. numeral 1 inciso n) de la Ley de Contrataciones del Estado, dentro del régimen de infracciones y si estos resultan o no apropiados para el derecho Administrativo, los cuales serán interpretados y analizados para verificar si se encuentran en conformidad con los principios generales de las Contrataciones Públicas. A fin de evitar que el postor sea afectado por una potestad discrecional que devenga en arbitraria. Así se pretende dotar de sentido al término ‘malicioso’ pues resulta más acorde a derecho; por otro lado, erradicar el término ‘manifiestamente infundado’ para prevenir o anular acciones fraudulentas que atenten contra la seguridad jurídica pues resulta un concepto que linda más con lo arbitrario.

Palabras claves: Contrataciones del Estado, pliego de absolucón de consultas, malicioso, manifiestamente infundado, conceptos jurídicamente indeterminados, discrecionalidad, arbitrariedad.

ABSTRACT

In the present investigation it is analyzed if the terms 'malicious' or 'manifestly unfounded' legally indeterminate terms that have been included in article 50.1 clause n) of the Law on Contracting with the State, within the regime of infractions, are appropriate or not for Administrative Law, which will be interpreted and analyzed to verify if they are in compliance with the general principles of Public Procurement. In order to avoid that the bidder is affected by a discretionary power that becomes arbitrary. This is intended to give meaning to the term 'malicious' because it is more consistent with law; on the other hand, eradicate the term 'manifestly unfounded' to prevent or cancel fraudulent actions that attempt against legal security as it is a concept that borders on the arbitrary.

Keywords: state contractions, dissolution of queries, malicious, manifestly unfounded, legally indeterminate concepts, discretion, arbitrariness

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
TABLA DE ABREVIATURAS	IX
INTRODUCCIÓN	X
CAPÍTULO I	13
1.1. Definición de las contrataciones del estado	13
1.2. Referencia general de los principios administrativos de la Ley de Contrataciones del estado.....	17
1.3. Procedimiento de contrataciones	28
1.4. Potestad sancionadora: Régimen de infracciones en el procedimiento de Contrataciones	31
1.4.1. Consecuencias jurídicas de una infracción	35
CAPÍTULO 2: EL ARTÍCULO 50°.1 INCISO N) DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS “MALICIOSO” Y “MANIFIESTAMENTE INFUNDADO”	38
2.1. Modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1341 a la LCE: en especial referencia al Artículo 50°.1 y la incorporación del inciso N.....	38
2.2. Objeto del pliego de absolución de consultas y/u observaciones.....	44
2.3. Análisis de los términos: “malicioso” y “manifiestamente infundado”	51
CAPÍTULO 3: EL ARTÍCULO 50°.1 INCISO N) DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: ENTRE LA DISCRECIONALIDAD Y LA ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA	56
3.1. Discrecionalidad Administrativa.....	56
3.1.1. Relación entre la administración pública y otros poderes del Estado: Poder Legislativo y Poder Judicial.....	62
3.1.2. Criterios para valorar cuándo existe y cuándo no existe discrecionalidad.....	66
3.1.3. Clases de discrecionalidad.....	68
3.2. La motivación como garantía del correcto ejercicio de la discrecionalidad ..	70
3.3. ¿Discrecionalidad o arbitrariedad? En la interpretación del artículo 50°.1 inciso N) de la Ley de Contrataciones del estado	74

3.4. Propuesta de modificación del contenido del artículo 50°.1 inciso N) de la Ley de Contrataciones del estado	79
CONCLUSIONES.....	84
BIBLIOGRAFÍA	86

TABLA DE ABREVIATURAS

<u>Abreviatura</u>	<u>Significado</u>
LCE	Ley de contrataciones del estado
Reglamento	Decreto Supremo N° 056-2017-EF
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales
SNIP	Sistema Nacional de Inversión Pública
PAC	Plan Anual de Contrataciones
LPAG	Ley Procedimiento Administrativo General
PAS	Procedimiento Administrativo Sancionador
TCE	Tribunal de Contrataciones del Estado
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado

INTRODUCCIÓN

La tesis que he denominado “Análisis de los términos “malicioso” o “manifiestamente infundado” contenidos en el artículo 50°.1 inciso n) de la Ley de Contrataciones del estado: entre la discrecionalidad y la arbitrariedad administrativa”, se orienta a determinar de qué manera se puede proteger al postor ante la incorporación de términos indeterminados frente a la interpretación que puede dar la Administración Pública por la discrecionalidad administrativa.

En las contrataciones del estado, existe una necesidad de cubrir servicios o adquirir un bien que satisfagan el interés general, por lo cual; el Estado convoca a través de un concurso público para que diferentes postores se presenten y el más idóneo o calificado obtenga la buena pro, siendo así que al estar dentro del concurso público está legitimado para poder utilizar el pliego de absolución de consultas y/o observaciones, el cual tiene como finalidad esclarecer determinadas situaciones que no hayan quedado claras y así garantizar la transparencia e igual en el proceso de selección. Siendo así, cabe analizar que determinará o calificará el ejercicio de este derecho como ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’ y por lo tal de ser el caso cuando calificará como una infracción para el postor.

En ese sentido, se pretende absolver la cuestión siguiente: ¿cuál es el contenido que deberían tener los términos “malicioso” o “manifiestamente infundado” en la ley de contratación del estado, a fin de fortalecer la administración pública?, frente a lo cual se planteó como objetivo general precisar cuál debe ser el contenido de los

términos “malicioso” o “manifiestamente infundado”, recogido en el 50°.1 inciso N de la LCE a fin de evitar decisiones arbitrarias de la Administración Pública, asimismo los objetivos específicos fueron: describir las implicancias de la Discrecionalidad Administrativa en un proceso de Contrataciones del estado; explicar la interpretación de los términos “malicioso” o “manifiestamente infundado”; examinar la potestad disciplinaria en la aplicación de sanciones e infracciones administrativas del artículo 50° inciso N de la LCE.

Preliminarmente se entiende que: Resulta jurídicamente incorrecto haber incluido los términos “malicioso” o “manifiestamente infundado” en el artículo 50° inciso N de la LCE, ya que ambos resultan muy amplios e indeterminados lo que puede generar incertidumbre jurídica y arbitrariedad por parte de la Administración para calificar o determinar una situación concreta como una infracción por ser malicioso” o “manifiestamente Infundado”. Entonces, es necesario que se creen mecanismos eficientes para la protección del postor, tales como la modificación del artículo 50.1 inciso n) de la Ley de Contrataciones del estado.

La investigación se estructuró en tres capítulos. En el primero se presentó el marco general de las contrataciones del estado. El segundo capítulo se centró en el analizar si el Artículo 50.1 inciso n) resulta adecuado o no, dentro de un correcto ejercicio de la discrecionalidad, o si por el contrario, conllevarían situaciones de arbitrariedad.

PRIMER CAPÍTULO

CAPÍTULO I

CONTRATACIONES DEL ESTADO

El presente capítulo, desarrollará en su mayoría las generalidades del procedimiento de contrataciones del estado y sus infracciones, para lo cual se partirá de la norma constitucional, que es la Constitución Política, norma fundamental de todo estado que garantiza y salvaguarda la satisfacción del interés público; a través de las contrataciones del estados, los cuales son materializados por medio de los Contratos estatales.

Así mismo; se desarrollará la definición de las contrataciones y los principios administrativos, también el procedimiento y se hablarán de las sanciones administrativas para poder llegar finalmente, al análisis de los términos empleados en la Ley de Contrataciones del estado –en adelante LCE- “*malicioso*” y “*manifiestamente infundado*” a fin de llegar el tema específico que motiva la presenta investigación.

1.1. Definición de las contrataciones del estado

El Estado, es uno de los agentes económicos que velan por el desarrollo del país, garantiza que se lleguen a cumplir ciertos fines públicos que permitan la sostenibilidad y crecimiento del país. Es por ello que SOUSA afirma que en el

*“Estado de Derecho la función pública no es más la plasmación de una especial relación de sujeción del administrado con la administración pública, en virtud de la cual los administrados no son ya objeto de poder, sino ciudadanos”*¹. Es decir; la Administración Pública tiene como función garantizar y velar por los intereses generales de la sociedad para poder satisfacer las necesidades básicas de las personas que la integran, tiene que trabajar la sociedad orientando adecuadamente el Poder Económico, Político, Social, etc. al marco normativo que regula su actuación, teniendo como directrices fundamentales la Constitución, los principios generales del derecho, los principios del derecho administrativo y así mismo los principios rectores que regula la LCE como garantía de la correcta relación de sujeción que surge entre la Administración Pública y el Administrado dentro de un Estado de Social Democrático de Derecho.

Esta satisfacción de las necesidades propias de una sociedad o necesidades colectivas que garantizará el Estado, se dará a través de las Contrataciones del Estado, que son definidas como la: *“Acción que deben realizar las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la condición del contratante”*²; es importante señalar la gran trascendencia económica que tiene para nuestra sociedad las contrataciones que realiza el Estado; pues a través de dichas contrataciones se logrará satisfacer las necesidades de la población ya que generará un desarrollo en el país, progreso, modernidad en atención al bien común de una sociedad.

En el año 2016, el *“Estado peruano ha realizado contrataciones por S/. 31,947.7 millones mediante 46,576 procedimientos de selección, 94,757 órdenes de compra,*

¹ Citado por VENTURA, Karen; REYNA, Luis Miguel. *Los servicios públicos en el Perú: Una visión preliminar*. 2013. [Ubicado el 2.VIII 2016]. Obtenido en: <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wpcontent/uploads/2013/08/Servicios-P%C3%BAblicos-en-el-Per%C3%BA-UNAM.pdf>

² Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1341 que modifica la Ley de Contrataciones del Estado; publicado en *El Peruano* el 03 de abril de 2017; reproducido en *Agenda Magna* en la misma fecha.

1,604 contrataciones directas y 39 exoneraciones”³ estas cifras nos indican el gasto que incurre la Administración Pública para que se pueda adquirir bienes y servicios a lo largo del país, así también poder adjudicar obras en aras de tutelar el bien común de la población, dentro del marco de la LCE.

Por su parte, toda vez que la compra pública implica también la participación activa de los proveedores, los privados tienen que conocer las reglas y pautas de la contratación que les permitan obtener un negocio con el Estado. Por lo que es de vital importancia que estas normas sean claras sobre todo para garantizar un proceso de contratación justo, en donde sea el mejor postor quien obtenga la buena pro y brinde un servicio de calidad, que valga su precio y contribuya al desarrollo del país.

Así pues, la Constitución Política del Perú⁴ prevé en su artículo 76^o que, las Entidades del Sector Público, a fin de proveerse de los bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones públicas se encuentran obligadas a llevar a cabo los procedimientos regulados en el Decreto Legislativo N° 1341, LCE, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, -en adelante el Reglamento-. Dichas normas tienen por finalidad garantizar que la Administración Pública satisfaga sus requerimientos de forma oportuna, a precios y costos adecuados, con el fin primordial de asegurar el gasto eficiente de los recursos públicos.

Es así, que *“la Constitución obliga a la Administración Pública a seleccionar de manera imparcial y con criterios objetivos con quiénes va a contratar, siendo que sobre la base de esta pauta se desarrollará todo el régimen de contratación del*

³ OSCE. *Informe Anual de Contrataciones Públicas 2016 (actualización a setiembre de 2017)*. Oficina de Estudios e Inteligencia de Negocios. 2017 [Ubicado el 8.IV 2018]. Obtenido en <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Reporte%20Definitivo%2020>

⁴ Constitución Política del Perú. Artículo 76^o: Obligatoriedad de la Contratación y Licitación Pública Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

*Estado.*⁵ Es decir la Constitución exige ciertos requisitos de carácter obligatorio a toda contratación donde se vea involucrado la utilización de fondos públicos; con la finalidad de poder garantizar el correcto uso del gasto público y que este se vea materializado con las más idóneas condiciones y además garantizar la igualdad de oportunidades entre todos los ciudadanos de poder contratar o brindar un servicio al Estado.

En tal sentido, todo lo que haga o decida hacer la Administración Pública debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera. En otras palabras, como *“la actuación administrativa es una actividad típica, en el sentido que ha de realizarse dentro de los límites que las normas establecen, constituye una obligación de la Administración Pública respetar aquellas normas en las cuales se regulen requisitos y procedimientos para cada supuesto en particular”*⁶, es así que las contrataciones estatales poseen un sustento constitucional que les otorga una regulación especial para la obtención de objetivos públicos mediante procedimientos administrativos a la luz de principios que rigen las contrataciones públicas en la LCE y su respectivo reglamento.

Sin embargo, pese a los esfuerzos, por mejorar, y a pesar de las modificaciones que se ha presentado en la LCE, surgen algunos problemas al momento de aplicar dichas normas específicamente cuando no existen un desarrollo del contenido en el reglamento de determinadas situaciones, palabras dando pie a que se haga uso de una discrecionalidad administrativa. Es así que podemos decir que:

“debe también tenerse presente que la resolución de los problemas vinculados con la contratación pública en el Perú no se va dar solamente con ajustes en el plano estrictamente normativo. Sin duda la capacitación y calificación de los actores y funcionarios involucrados, o la necesaria superación de prácticas tan erróneas como sostenidas en el tiempo en

⁵ SANTOS LOYOLA, Carlos, *Las Bases Constitucionales de la eficiencia en la contratación administrativa en el Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Lima, GRIJLEY, 2008. p.813.

⁶ OSCE. *Importancia e incidencia del estudio de posibilidades que ofrece el mercado y del resumen ejecutivo en los procesos de contrataciones a cargo de las Entidades públicas. 2014.* [Ubicado el 25. XI 2014] Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m3_prov.pdf.

*nuestro país son tareas que deben indubitablemente emprenderse al más breve plazo posible*⁷.

Con lo que se establece que a pesar de las innovaciones o modificaciones que se le pueda realizar a una determinada Ley, siempre existirán situaciones que generen alguna controversia o situación inesperada en el plazo real, que cause ciertas dificultades para las autoridades competentes quienes tengan que resolver un determinado caso, por lo que es necesario que no solo se buque modificar en aras de mejorar la ley, sino que los operadores jurídicos se encuentren en las condiciones necesarias para poder resolver óptimamente diferentes situaciones jurídicas para lo cual es necesario una capacitación constante y así lograr que se garantice la correcta interpretación de la norma, logrando los fines que señala la ley.

1.2. Referencia general de los principios administrativos de la Ley de Contrataciones del estado

Siempre es tema de interés el estudio de los principios generales; dentro del campo de aplicación de toda la ciencia del Derecho; y sin duda alguna tiene una especial relevancia y trascendencia cuando se proyecta a la rama del Derecho Administrativo. En esta rama del derecho cobrarán gran importancia los principios generales a raíz de la relación que nace entre el Estado y los administrados de la cual derivará como pilar fundamental la dignidad humana, para garantizar que estos principios sean las directrices inalterables que coadyuven al correcto desarrollo de las potestades administrativas, la discrecionalidad administrativas entre otras facultades que se le otorga a la Administración Pública, en los casos en los que no exista una norma específica que permita dar solución a una determinada situación de Derecho.

⁷ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "Apuntes sobre el Funcionamiento de la Contratación Pública en el Perú" en *Tendencias Actuales en Contratación Pública*, 1° ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2014, p. 15.

Es así que se entiende por principios generales los que “*guardan estrecha relación con la justicia o con el Derecho natural, en el que encuentran su fundamento*”⁸, en el Derecho Administrativo por ejemplo estos principios generales tiene una función fundamental que sirve como garantías para que los administrados tengan la seguridad que la Administración Pública al momento de actuar en marco normativo tendrá en cuenta la interpretación y aplicación tanto de la norma como de los principios, al caso en particular que se presente resolver, dando de esta manera al administrado seguridad jurídica.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ ha señalado que:

*“La encarnación principal de la justicia en los principios nos permite seguir alimentando la esperanza de que el Derecho Administrativo siga siendo el dique de contención, por una parte, del poder incontrolado, del poder irracional, del poder que se sale de los cánones de la moderación y la templanza en cuyo marco se debe ejercer el poder en un Estado de Derecho (...) un Derecho Administrativo en el que las instituciones, categorías y conceptos reflejen la racionalidad, la objetividad y el sentido de servicio al interés general que de ellos se espera”*⁹.

Es decir, en el marco del Derecho Administrativo, los principios resultan ser la garantía que necesitan los administrados ante el poder que puede llegar a tener la Administración Pública, convirtiéndose en herramientas que buscan el desenvolvimiento de una legislación permitiendo dotar de contenido las decisiones que pueda tomar la Administración pública, y este contenido debe contar con ciertas particularidades como lo son por ejemplo: la imparcialidad, racionalidad, proporcionalidad, entre otros.

Así mismo, los principios permiten delimitar su actuación en las contrataciones del estado y sobre todo velar el uso adecuado de la discrecionalidad que posee la Administración al momento de interpretar o aplicar una determinada norma que

⁸ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Los principios en el Derecho Administrativo*, Mendoza, Ediciones Diké, 2000, pp. 41 y ss.

⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El Derecho Administrativo Global: un derecho principal” en *“Derecho Administrativo. Perspectivas Contemporáneas”*. México, Porrúa, 2010, p. 74.

implique una sanción para el administrado en aquellos supuestos donde exista una norma ambigua, que contenga conceptos indeterminados, y que por tal motivo resulten posibles para interpretaciones o en los casos en los que exista un vacío normativo, actuando así los principios como fuentes del derecho que apoyan al cumplimiento de la garantía del bien común.

De tal modo, los principios son asumidos positivamente por el legislador como la fórmula ineludible de explicitar los valores sociales, éticos y políticos fundantes de un conjunto de normas (en este caso de la contratación estatal) que como estándares permanentes deben ser concretados mediante la acción específica de los administrados (interesados, postores y contratistas) y administradores (responsables de las áreas usuarios y de logística, integrantes del Comité, máximas autoridades administrativas y responsables de la ejecución del contrato)¹⁰.

La normativa de contratación pública impone como obligación de todos los funcionarios y/o servidores públicos que los procesos de contratación que realicen, se sujeten a los principios regulados en el artículo 2° de la LCE. Entre estos, podemos resaltar los principios de: libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, entre otros. Asimismo, deben verificar que toda contratación de bienes, servicios y/u obras responda a criterios de racionalidad, y razonabilidad - en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado sea el adecuado-, objetivamente sustentados.

Los principios antes mencionados tienen como finalidad garantizar que las entidades del Sector Público logren adquirir bienes, servicios y obras de calidad requeridas en forma oportuna y a precios o costos apropiados; así mismo servirán también como juicio valorativo o criterio interpretativo para resolver las cuestiones o situaciones que puedan suscitarse en la aplicación de la presente LCE y el Reglamento, como parámetros para la actuación de los funcionarios y

¹⁰ MORÓN URBINA, Juan. *Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas*, 2017 [Ubicado el 30.VI 2006]. Obtenido en: <http://vlex.com/vid/inspiradores-oacute-aplicaciones-aacute-76747866>.

dependencias responsables, y para suplir los vacíos en la presente Ley y en el Reglamento¹¹. La LCE funda su desarrollo en los siguientes principios, sin perjuicio que sea posible aplicar otros principios de derecho público que resulten pertinentes o idóneos dentro del marco de las contrataciones del estado. A continuación, desarrollares algunos de ellos:

- El principio de libertad de concurrencia: Es el soporte y garantía para que se dé el procedimiento de contrataciones del estado debido a que permite 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*”¹².

Esto quiero decir que, la Administración debe garantizar un proceso de contratación donde todos los que reúnan las condiciones señaladas en las bases puedan participar libremente del proceso de contratación, es decir donde las reglas no favorezcan a un determinado sector o persona, sino que están enfocadas en contar con personal capacitado, que tenga las condiciones de brindar la prestación pero sea a través de la configuración del principio de libertad de concurrencia fomentándose una concurrencia amplia, objetiva e imparcial y la participación plural de postores potenciales. En otras palabras, este principio hace referencia a los requisitos técnicos no sean muy restrictivos, sin más limitaciones que las que resulten de las formalidades de control.

Un claro ejemplo de la vulneración de este principio, así como también la afectación al principio de igual de trato, es el que ocurrió en una licitación pública¹³, en la que se había establecido como uno de los requisitos técnicos para realizar un saneamiento, una persona que cuente con una Maestría concluida en

¹¹ MORÓN URBINA, Juan *Op. Cit.* p. 31.

¹² Decreto Legislativo N° 1341 que modifica la Ley de Contrataciones del Estado publicado en *El Peruano* el 03 de abril de 2017. p.4.

¹³ N° 01-2016-CS/MDC, convocada para la ejecución de la obra: Mejoramiento del sistema de agua potable y alcantarillado sanitario del CC.PP. Urbano Pachacayo y CC.PP. Rural de San Juan de Pachacayo, distrito de Canchaylo - Jauja - Junín.

Administración con mención informática. Evidenciándose claramente la falta de relación entre el requisito técnico solicitado con las actividades que desempeñaría este profesional. A lo que la administración resolvió:

“Que, el ASISTENTE DE OBRA sea solamente Ing. Sanitario, es restrictivo y contraviene el Principio de Libre Concurrencia y Competencia; por lo que debe ampliarse a Ingeniero Civil, considerando que su formación académica garantiza también la calidad de obra, con ello se fomenta la mayor participación de potenciales postores”¹⁴.

El principio de concurrencia, incita que dentro de una contratación pública exista una gran cantidad de postores los cuales brindarán muchas ofertas ante lo cual la administración podrá evaluar la obtención de un menor precio y que además dicha obra se realice en el tiempo que demanda la necesidad pública, así se logra la configuración de más principios que más adelante desarrollaremos puesto que al haber varios postores, estos actuarán como fiscalizadores debido a que si el procedimiento obstruye la concurrencia de postores serán los afectados quienes realizaran observaciones o consultas de las mismas, dando a la Administración el trabajo de resolverlas de manera motivada y así garantizar la libertad de concurrencia.

- Principio de Igualdad de trato: este principio se ve garantizado cuando el rol que desempeña la Administración dentro de un concurso público, da las mismas oportunidades a los postores, les brinda información adecuada que les permite estar a todos en igualdad de condiciones y que además garantice su participación dentro del proceso. La norma define este principio:

“Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva”¹⁵.

¹⁴ Cfr. Pronunciamiento del 26 de mayo de 2016. {Nº 125 - 2016/OSCE-DGR DE ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO}, Observación Nº 3

¹⁵ Decreto Legislativo Nº 1341 *Op. cit.* p. 4.

Es decir, todo aquel que desee contratar con el Estado, en calidad de postor ya sea de bienes o servicios debe tener o estar en condiciones semejantes con los demás postores, en cuanto a su participación o acceso a dicha contratación, sin que exista de por medio privilegios que vulneren o pongan en desventaja su participación garantizándose así otro principio el de transparencia.

SAYAGUES LAZO, señala que uno de los principios consustanciales a toda licitación es que:

“todos los licitantes han de estar colocados en igualdad de condiciones. No puede acordarse preferencia a ningún licitante, porque si no éste se encontraría en evidente ventaja frente a los demás. Por otro lado, la Administración, al examinar y juzgar las propuestas, ha de proceder con imparcialidad, aplicando a todos el mismo criterio, pues si no desaparecería la situación de igualdad en que todos deben encontrarse”¹⁶.

La Igualdad de trato tiene que verse garantizada a lo largo del procedimiento de selección, de inicio a fin, incluso después de celebrado el contrato, ya que no deberá la administración realizar antojadamente cambios al contenido del contrato ni para favorecer o perjudicar al postor que se le otorgó la buena pro.

- Principio de Transparencia: este principio resulta ser uno de los más importantes dentro de la LCE; pues sirve de criterio unificador que permite hacer una correcta interpretación tanto de la Ley como de su reglamento, puesto 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 las contrataciones 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”¹⁷.

¹⁶ SAYAGUES LAZO, Enrique; *La Licitación Pública*, Montevideo, Peña & Cia Impresores, 1940; p.53.

¹⁷ Decreto Legislativo N° 1341 *Op. cit.* p. 4.

Las autoridades competentes deberán garantizar que todos los postores estén en igualdad de condiciones esto es en la medida que puedan acceder a la información que la Administración tenga en su poder y además sea fácil de comprender dicha información. Por otro lado, podemos señalar que este principio no solo ayuda a realizar una correcta interpretación, sino que además es un parámetro para quienes tengan que intervenir en las diversas etapas que se presenten en las contrataciones públicas puesto que por ejemplo se tendrán que tener en cuenta por principios cuando los órganos evaluadores como lo es el comité de selección evalúen las ofertas presentadas.

ANACLETO señala que:

“Toda adquisición o contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso, durante el proceso de selección, a la documentación de las adquisiciones y contrataciones. Salvo excepciones (...) Las convocatorias, otorgamiento de Buena Pro y resultados deben ser de público conocimiento”¹⁸.

Respetando este principio y poniéndolo en práctica estaremos contribuyendo a lograr cumplir la función de la Administración Pública, la que busca garantizar que en el proceso de las contrataciones públicas se les proporcione a los postores información que no presente ambigüedades, que deba ser idónea.

Dicho de otro modo, debe ser adecuada y esta sea sencilla con la finalidad de que los proveedores tengan la misma oportunidad al comprender la información que se les está brindando para lo cual es necesario que se desarrollen las razones que motivaron una determinada decisión de tal manera el administrado tendrá la oportunidad de conocer el sustento de la no admisión o descalificación de su oferta y así se tendrá garantizado el cumplimiento de los principios que rigen las contrataciones del estado; siendo así que la motivación es fundamental para garantizar el principio de transparencia. Sin embargo, se tendrá que tener en cuenta

¹⁸ ANACLETO GUERRERO, Víctor. *Guía de Procedimientos Administrativos. Guía Teórico Práctico para operadores y usuarios de la Administración Pública*, Lima, Gaceta Jurídicas, 2004, p. 237.

las excepciones establecidas en la LCE; lo que no supone la afectación de la igualdad de trato o de la imparcialidad.

El principio de transparencia se verá garantizado dentro del proceso de contrataciones del estado cuando exista publicidad en la convocatoria, cuando se realice un control idóneo de la calidad del producto o servicio que se pretende adquirir, cuando se publiquen los resultados con los criterios de calificación, entre otros.

- Principio de publicidad: este principio es el que da vida a las contrataciones del estado puesto que, gracias a él, los postores toman conocimiento de que la administración necesita adquirir un bien, servicio u obra que le permita satisfacer una necesidad, además de que da a conocer las bases del concurso a los posibles postores que se encuentren interesados en realizar dicha contratación.

La norma la ha definido como: “El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre competencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones”¹⁹.

Entendido como aquel principio que garantiza que todos los actos que emita la Administración sean de conocimiento público para lo cual se deberá publicar en el diario oficial El Peruano, este principio se puede materializar cuando se publica por ejemplo: aquellas personas que se encuentran inhabilitadas para contratar con el Estado, también se publican las sanciones administrativas cuando su domicilio haya variado, entre otros supuestos.

Es así que el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales – en adelante OSCE -garantizar una transparencia en todo el proceso de selección de esta manera se facilita tanto la competencia como el control por parte de los propios proveedores como de las entidades competentes²⁰.

¹⁹ Decreto Legislativo N° 1341 *Op. cit.* p. 4.

²⁰ Cfr. NAVAJAS RONDÓN, Carlos. *La potestad Sancionadora en las Contrataciones Públicas. Ley de Contrataciones del Estado y Reglamento*, 2° ed, Lima, Editorial San Marco, 2010. pp. 42-43

Sin embargo, el principio de publicidad, no es absoluto ya que *“sus límites obligan a la administración a no afectar ni dañar el derecho a la intimidad de las personas y su honor, así como tampoco la seguridad pública y la defensa nacional”*²¹. Está claro que se deben respetar las excepciones como lo son los supuestos antes mencionados los que además deberán encontrarse motivados, no bastando la simple voluntad de la Administración para determinar dicha restricción publicitaria, por lo cual la Administración tiene que manifestar las razones de sus actos.

Principio de Competencia: este principio establece para las entidades públicas el deber de imparcialidad al momento de establecer las restricciones necesarias que permitan salvaguardar la necesidad pública, garantizando un ambiente de competitividad entre los postores sin que exista desventajas a raíz de restricciones que resulten discriminatorias.

Dicho de otro modo, dentro de las contrataciones las condiciones deben favorecer el desarrollo de una competencia efectiva, que garantice obtener la mejor propuesta que cumpla con la finalidad del proceso de contratación es decir que garantice la satisfacción del interés público. Es así que:

*“Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia”*²².

Esto quiere decir, que el principio de competencia tiene como finalidad promover adecuadamente las circunstancias entre los interesados lo que genera que *“la administración convocante actúe de conformidad con la búsqueda de fomentar la más amplia concurrencia de interesados, y respecto de estos, mantener las*

²¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *En Principios de Derecho Administrativo, Vol I, 3° ed*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 2000. p.237.

²² Decreto Legislativo N° 1341 *Op. cit.* p. 4.

*mayores posibilidades para que compitan de manera objetiva e imparcial*²³. Siendo la competencia a través de las bases la clave para desarrollar idóneamente un proceso de selección.

En esta línea, la libre competencia tiene por objeto garantizar la intervención de la mayor cantidad de oferentes calificados, para que la entidad pueda escoger la mejor opción que le permita hacer un correcto uso de los recursos económicos del estado y por lo tal se obtengan las mejores condiciones del servicio o bien que el mercado le pueda entregar, es necesario que la entidad establezca las bases de manera razonable e imparcial pues solo así se logrará no solo la libertad de concurrencia sino además se generará competitividad entre los postores, obteniendo la buena pro el más capacitado²⁴.

- Principio de Eficacia y eficiencia: Estos principios apuntan a dos pilares dentro de las contrataciones del estado, calidad del servicio y la oportunidad de la prestación que permitan garantizar la satisfacción de la necesidad de la Administración pública y de la sociedad. La norma señala que:

“El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos”²⁵

La eficacia supone que *“los sujetos que intervienen en el procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental sobre los meros formalismos que no inciden en su validez”²⁶*. Ahí radica la importancia de presentar documentación verdadera a través de

²³ IVANEGA, Miriam. *Principios de la Administración Pública*. Buenos Aires, ABACO, 2005, p. 136.

²⁴ Cfr. MORÓN URBINA, Juan. *Op. cit.* p.8.

²⁵ Decreto Legislativo N° 1341 *Op. cit.* p. 4.

²⁶ NAVAJAS RONDÓN, Carlos. *Op. cit.* p. 37.

declaraciones juradas ciertas. Además, las Entidades Públicas deberán contratar teniendo en cuenta las más óptimas condiciones, precio, plazos, entrega y que sea de calidad la prestación del servicio o el bien adquirido además de contar con el mejor uso de material y personal humano cualificado.

Por otro lado, eficiencia en las contrataciones que realicen las Entidades tendrán que realizarse observando los criterios de celeridad, sin dejar de lado las condiciones de calidad, plazos de ejecución y entrega ya sea de bienes, servicios u obras que se haya obtenido en la licitación pública. Por ejemplo, entregar la obra con todas las condiciones de calidad en la fecha que se estableció en el contrato, o antes del tiempo sin que se tenga que levantar observaciones.

Es así que en toda contratación se tiene que hacer efectivo el cumplimiento del principio de eficacia y eficiencia, para que en las etapas de proceso de selección por ejemplo se puedan aplicar criterios de simplicidad, imparcialidad –que permita objetividad en el trato a los postores y contratistas- debiendo evitar exigencias innecesarias y costosas en los contratos con el Estado.

Es necesario señalar que, con las breves definiciones de algunos de los principios de las contrataciones del estado, podemos entender de mejor manera la función de artículo 76° de la Constitución –citado líneas anteriores- que es:

*Determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, [...] respetando los principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de los principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos*²⁷.

²⁷ STC del 17 de Mayo del 2004. {Expediente N°020-2003-AI/TC} Considerando número 12 [Ubicado el 05.IV.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>

Los principios generales del derecho, y específicamente los principios que rigen la LCE, encaminarán a desarrollar un proceso de contratación deseado, donde sea prioridad satisfacer el interés público a través de bienes, servicios u obras, es decir donde el Estado lance su concurso público y sea el mejor postor quien obtenga la buena pro a través de un proceso transparente, donde existan muchas ofertas y todos se encuentren en igualdad de condiciones. Así podremos lograr un Estado justo, imparcial que permite garantizar un efectivo procedimiento dentro de las Contrataciones del estado, que vayan a la par de los principios generales y así logren un ejercicio justo del derecho.

1.3. Procedimiento de contrataciones

La Administración pública, cuando necesita satisfacer alguna necesidad para garantizar el bien común de la sociedad, necesita realizar un contrato que le permita obtener o un bien, servicio u obra, para lo cual la LCE, ha establecido la manera que se tiene que tener en cuenta para cubrir dicha necesidad y esto es a través del procedimiento de contrataciones estatales, cumple un rol de gran importancia, para lo cual deberá de llevarse a cabo teniendo en cuenta la norma y además los principios generales que rigen las contrataciones estatales – desarrollados líneas anteriores-, sin desmerecer los principios del Derecho Administrativo y de Derecho en general que resulten aplicables a cada caso en particular. La finalidad es que el procedimiento de contrataciones del estado se pueda desarrollar con orden y de manera adecuada de conformidad con el derecho.

De esta manera se garantiza que exista un mayor número de postores, lo que beneficia al Estado, pues de esta manera se podrá evaluar muchas propuestas y seleccionar al que se encuentre en mejores condiciones; dicho de otro modo se elegirá al postor más óptimo que realice una mejor oferta que haga diferenciarse del resto de los postores.

El procedimiento de contrataciones, está comprendido por tres fases: fase de Programación y de actos preparatorios; La fase de selección y la fase ejecución contractual.

Fase de Programación y de actos preparatorios; esta fase es exclusiva de la Entidad Pública puesto que es la fase que se origina por la necesidad que surge, para lo cual se tendrán que realizar diversas actuaciones por parte de la Administración, como verificar que se cuente con los recursos necesarios para cubrir la necesidad, además de determinar el costo del bien, servicio y obra que se pretende adquirir, establecer las bases del concurso, entre otras actuaciones.

Esta fase supone todas aquellas actuaciones de planificación y programación, la que se inicia con la decisión de adquirir o contratar. Se inicia con el Plan Anual de Contrataciones –en adelante PAC- regulado en el artículo 15° de la LCE²⁸ y artículo 5° del Reglamento.

Por otro lado está el Fase de selección; una vez que se ha planificado, programada y se pone en marcha el Plan Anual de Contrataciones, la Entidad tendrá que exteriorizar su deseo de contratar un terminado bien, servicio u obra, para lo cual hará una comunicación al público en general de que determinada Entidad pública necesita satisfacer un requerimiento, por lo que sobre la base de una competencia transparente donde se tengan en cuenta las bases del concurso, los principios de la LCE, la norma en general y su reglamento, seleccionará a un contratista quien presente la mejor oferta y quien obtendrá la buena pro.

Es necesario contar con un Expediente de Contratación, aprobado y que esté incluido en el PAC entendido como: *“es el conjunto de documentos donde constan*

²⁸ Decreto Legislativo N° 1341. Artículo 15: (...) 15.2 Contenido del Plan Anual de Contrataciones: El Plan Anual de Contrataciones que se apruebe debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura y el valor referencial de dichas contrataciones, con independencia de que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley o no, y de la fuente de financiamiento. 15.3 El Plan Anual de Contrataciones se publica en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y en el portal web de la respectiva Entidad.

*todas las actuaciones del proceso de contratación pública, desde la decisión para adquirir o contratar hasta la culminación del contrato*²⁹. Es decir, establecerá los requerimientos para que se materialice el contrato administrativo.

En este expediente constan todas las actuaciones que realiza el Comité de Selección y el órgano encargado de la contratación, por lo tanto, este expediente se inicia cuando el área usuaria formula su requerimiento, su competencia ha sido precisada en el convenio respectivo, el cierre del expediente se lleva a cabo con el último pago de la última prestación determinada que se da en el contrato. En el caso de prestaciones periódicas o suministros se cierra el contrato con la última prestación, también hay prestaciones únicas.

A continuación, se designa el Comité Especial, entendido como “*el órgano facultado para elaborar las bases administrativas y conducir el proceso de selección, desde su convocatoria hasta su culminación con el consentimiento de la buena pro o su cancelación*”³⁰. En otras palabras es el conocimiento y experiencia de las personas elegidas, tanto en la naturaleza del bien, del servicio o de la obra como en asuntos legales propios de la contratación pública, para evitar posibles impugnaciones, la formulación de observaciones a cargo de los participantes y la absolución de las mismas a cargo de Comité Especial, la integración de bases, presentación de propuestas, evaluación y calificación de propuestas, así como el otorgamiento de la buena pro y consentimiento de la misma, hasta la suscripción del contrato³¹.

Este Comité es quien se encargará de elaborar las bases -una vez que haya revisado el contenido del Expediente de Contrataciones- que son las reglas del juego que regirán el proceso.

La fase de selección regulada en el artículo 32° de la LCE, comprende todos los actos que se dan desde la convocatoria del proceso a través del Sistema

²⁹ OSCE. *Informe Anual de Contrataciones Públicas 2016 Op, cit.* p. 6.

³⁰ OSCE. *Área usuaria, Órgano encargado de las contrataciones y Comité especial 2014.* [ubicado el 28. XI 2014] Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap3_m2.pdf

³¹ Cfr. DIEZ HERNÁNDEZ, Sandro. *Op, cit.* p. 21.

Electrónico de Contrataciones del Estado³² –en adelante SEACE-, el registro de participantes, la formulación de consultas por parte de los participantes, la absolución de las mismas a cargo del Comité Especial de Selección.

Finalmente, la etapa de ejecución, supone el cumplimiento de lo pactado, es decir, la ejecución de las prestaciones del contrato y cómo se llevará a cabo este. Es la actuación de la prestación a cargo del contratista y comprende: Garantías, Solución de controversias y Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento.

En conclusión, es imprescindible contar con una norma adecuada, que favorezca el pleno desarrollo de las contrataciones estatales. Se ha desarrollado las diferentes fases a groso modo mencionadas líneas anteriores, debido a que resulta necesario conocer el marco del procedimiento de contrataciones que realiza el Estado motivado por la necesidad de satisfacer un interés general, siendo el procedimiento contractual el medio que tiene una Entidad Pública para lograrlo.

Por lo que se necesita una adecuada participación tanto del Estado como del proveedor, para lo cual la norma tiene que establecer los mecanismos necesarios que permitan dotar de transparencia, eficiencia, eficacia, dichas contrataciones caso contrario se generará actos inválidos y no se podrá satisfacer el interés común.

1.4. Potestad sancionadora: Régimen de infracciones en el procedimiento de Contrataciones

En noviembre del año 2001, entro en vigencia la Ley Procedimiento Administrativo General – en adelante LPAG- en la cual se incorporó a nuestro sistema por primera

³² Sistema Electrónico de Contrataciones del estado, es el principal mecanismo de “publicidad” en el cual todas las entidades públicas deben brindar información de todos sus procesos de contrataciones. Para realizar un proceso de contratación la entidad debe recurrir al sistema de contrataciones el cual está constituido por 3 grandes fases: actos preparatorios, selección y la ejecución contractual, dentro de estas fases la entidad se encuentra obligada de brindar información al SEACE. Órgano Supervisor de las Contrataciones del estado. [Ubicado el 25. V. 2018]. Obtenido en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/aspectos-generales-del-seace>.

vez las reglas y principios que permitan desarrollar de la mejor manera la aplicación de la potestad sancionadora. Esta potestad representa un poder especial, puesto que; solo se manifiesta a través de dos ramas del Derecho, el Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador, siendo esta última reconocida además expresamente en algunas jurisprudencias³³, en las cuales se ha manifestado que el derecho sancionador no es exclusivo del Derecho Penal, sino que también se encuentran varios elementos que permiten configurar su aplicación en el área de Derecho Administrativo como lo son por ejemplo: la legalidad, las sanciones, infracciones, la tipicidad, entre otros.

Dentro de la Administración Pública pueden suscitarse algunos inconvenientes originados por conductas irregulares las que ameritan consecuencia jurídica que se puede ver reflejada a través de una sanción, multa, etc., dichas infracciones muchas veces no encajan dentro de la jurisdicción del Derecho Penal, por lo cual se verían exentas de una consecuencia jurídica sino existiese la potestad sancionadora de la Administración para poder sancionar estas situaciones irregulares.

“La potestad sancionadora del Estado es la facultad que posee la Administración Pública para aplicar sanciones y/o gravámenes a los administrados ante el incumplimiento o desobediencia de las normas y decisiones del Estado; conductas u omisiones establecidas previamente como ilícitos. Dicha potestad tiene como fundamento principal el poder coercitivo del Estado para hacer cumplir sus normas y disposiciones”³⁴.

Así mismo, es necesario señalar que resulta imprescindible garantizar el debido procedimiento disciplinario por parte de la Administración, puesto que de eso depende que el acto que emita cuente con validez o devenga en inválido, para lo que se tiene que tener en cuenta que en un Estado de Derecho se tiene que respetar la Constitución, los derechos fundamentales, los principios generales del

³³ STC del 16 de Abril de 2003. {Expediente N°2050-2002-AA/TC} Considerando número 8 segundo párrafo [Ubicado el 04.III.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>; STC del 11 de Octubre de 2004. {Expediente N°2192-2004-AA/TC}. Considerando número 4 segundo párrafo [Ubicado el 05.IV.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>.

³⁴ RUBIO SALCEDO, César. “Revisión de la Potestad Sancionadora en Contratación Pública: A propósito del Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado”, *Derecho & Sociedad* N°44, junio, 2015, p.34.

derecho, etc., solo así el acto revestirá de validez al existir un condicionamiento por garantizar el cumplimiento de todas las garantías constitucionales³⁵.

[Las entidades de la Administración Pública] “*tienen reconocida una potestad sancionadora específica, la misma que se funda en un imperativo general de coerción asignado a las entidades que forman parte integrante de la Administración Pública, a fin de cumplir los mandatos establecidos en las normas dirigidas a regular y/o determinar las conductas de los ciudadanos. Tal como lo afirma SANTAMARÍA PASTOR, la obligatoriedad de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico vigente respecto de los administrados, exigen la incorporación de mecanismos de reacción frente a conductas que se traduzcan en el incumplimiento o contravención de los mismos, toda vez que la eficacia de un sistema jurídico depende de la existencia de suficientes facultades coercitivas en la Administración para garantizar su cumplimiento (...)*”³⁶.

El Estado en ejercicio de su *ius puniendi* tiene que garantizar que ante el incumplimiento de la norma establecida en el ordenamiento jurídico se tendrá que sancionar para garantizar así un debido procedimiento, en las actuaciones de la Administración para que se cumpla con la labor que esta desarrolla con la finalidad de trabajar para la sociedad y velar por el bien común.

Entendido la potestad sancionadora, es necesario revisarla en materia de las contrataciones públicas, en la cual se puede observar que esta facultad se encuentra delegada exclusivamente al Tribunal de Contrataciones del Estado –en adelante TCE–; según se observa en el artículo 50°. LCE; dispositivo normativo que se transcribe a continuación:

*“El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 50° de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones”*³⁷.

La aplicación de la potestad sancionadora dentro de las Contrataciones del estado se efectúan a través de un procedimiento administrativo, donde el TCE tendrá que

³⁵ Cfr. STC del 03 de Agosto de 2004 {Expediente N° 1654-2004-AA/TC}. Considerando 2 [Ubicado el 20.III.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01654-2004-AA.html>

³⁶ MARTIN TIRADO, Richard. “El ejercicio de la potestad sancionadora de CONSUCODE y los límites formales para la aplicación del recurso de reconsideración”. *Derecho & Sociedad*. N° 23. 2004. p. 16.

³⁷ Decreto Legislativo N° 1341. *Op.Cit.* p.38.

verificar que haya incurrido la conducta denunciada en alguno de los supuestos desplegados en el artículo 50°.1 y sus respectivos incisos de la LCE, para lo cual se tiene que abrir un expediente sancionador en donde el TCE tendrá que determinar a través de una evaluación correspondiente si es que se da o no la configuración de alguna infracción por parte del administrado en un plazo de 10 días hábiles, así de encontrarse indicios en el caso particular se iniciará a través de una decreto el procedimiento administrativo sancionador³⁸.

La potestad que ejerce el TCE es exclusiva y excluyente de este, y se canaliza a través del Procedimiento Administrativo Sancionador –en adelante PAS- el que se encuentra formado por las actuaciones que el TCE realice, las cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria garantizando así el principio de predictibilidad en casos similares.

[Es necesario tener en cuenta que]: *“la tipificación de infracciones y sanciones administrativas aplicables, ya sea en la etapa correspondiente a los procesos de selección o a la ejecución contractual -y siempre partiendo de la previa habilitación legal que así lo permita- no es ilimitada, sino que se sujeta a exigencias esenciales, tales como la legalidad (incluida la tipicidad e irretroactividad), razonabilidad, proporcionalidad, oportunidad y utilidad”*³⁹.

Para que se configure alguna de las infracciones reguladas en el artículo 50°.1 y sus respectivos incisos, tiene que tenerse en cuenta la tipicidad, debido a que solo si la conducta denunciada es prevista expresamente en la norma puede darse la configuración de una infracción en el procedimiento de contrataciones, así se tendrá que observar las facultades que se les ha otorgado a las Entidades para garantizar que el procedimiento de contrataciones se desarrolle en las más óptimas condiciones cumpliendo con la LCE y su Reglamento.

Siendo una las infracciones la regulada en el artículo 50°.1 inciso n de la LCE que señala que: *“Presentar cuestionamientos malicioso o manifiestamente infundado al*

³⁸ Cfr. Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Disposiciones Complementarias Transitorias del. *Op; Cit*

³⁹ MORAGA, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago. Chile, Editorial Jurídica de, 2007, p. 235.

*pliego de absolución de consultas y/u observaciones*⁴⁰. Inciso que motiva la investigación presente.

1.4.1. Consecuencias jurídicas de una infracción

Se dejó establecido que la Entidad Pública encargada de calificar una infracción y de poner una sanción es el TCE, las mismas que se encuentran reguladas en la LCE en el artículo 50.2 y sus respectivos incisos.

Las sanciones representan medidas represivas originarias de la potestad administrativa que tiene la Entidad Pública, cuya finalidad es advertir al contratista que si su comportamiento configura alguna de las infracciones previstas en el artículo 50.1 y sus incisos éstas tendrá una consecuencia, debido a que su conducta va en contra del sentido de las Contrataciones del estado, ya sean derivadas de sus obligaciones contractuales o la participación en los procesos de contratación⁴¹.

En ese sentido “*se castiga a los particulares por infringir la ley o el contrato que los vincula jurídicamente con la Administración*”⁴². Por tal sentido, es que cuando se aplique una sanción esta tiene que responder a lo que establece la LCE y el Reglamento resultado de una consecuencia jurídica.

Las sanciones reguladas en el artículo 50.2 de la LCE, no eximen de las responsabilidades que puedan surgir a partir de la infracción las cuales pues tener consecuencias tanto civiles como penales. Teniendo como sanciones las siguientes:

a) **Multa:** es una sanción que se le atribuye al administrado de carácter pecuniario el cual supone realizar un pago económico para el infractor, dentro de las Contrataciones del estado tiene un porcentaje respecto del contrato el cual es

⁴⁰ Decreto Legislativo N° 1341 *Op. cit.* p.38.

⁴¹ Cfr. MORAGA, Claudio. *Op. cit.*, p. 235.

⁴² MORAGA, Claudio. *Ibidem.*, 236 y 237.

no ser menor del cinco por ciento (5%) ni mayor del quince por ciento (15%) en favor de la OSCE. Este porcentaje es respecto de las infracciones comprendidas en el artículo 50.1 incisos a), b), d), k), l), m), n) y o).

Cuando no es factible determinar el monto tanto de la propuesta económica como del contrato la multa será entre cinco (5) y quince (15) UIT. La multa permitirá restringir el derecho de participación en lo concerniente a las Contrataciones del estado mientras que el infractor no realice dicho pago, siendo así que el TCE emite una resolución cautelar, la misma que es considerada para el cómputo de otra de las sanciones como lo es la inhabilitación de manera definitiva. Así mismo, la multa también se le aplica a las Entidades proveedoras que cometan cualquiera de las infracciones que recoge el artículo 50.1 y sus respectivos incisos⁴³.

b) Inhabilitación temporal: es aquella sanción que restringe la participación en un proceso de Contrataciones del estado dentro de un periodo determinado el cual está comprendido en un plazo no menor de tres (3) ni mayor de treinta y seis (36) meses, cuando se trate de las infracciones comprendidas en el artículo 50°.1 incisos: c), e), f), g), h), i), en los casos de reincidir en los incisos: m), n) y o). En el caso del inciso j) el periodo es no menor de treinta y seis (36) ni mayor de sesenta (60) meses.⁴⁴.

c) Inhabilitación definitiva: es una de las sanciones más severas puesto que priva de manera definitiva al postor a participar de cualquier Contratación con el Estado, se da como consecuencia de contar con dos sanciones anteriores que resulten en inhabilitación temporal y que el periodo de la sanción de ambas inhabilitaciones sumen más de treinta y seis (36) meses dentro de los últimos cuatro (4) años, también se aplicará la inhabilitación definitiva cuando se cometa la infracción reiterativamente del artículo 50°. Numeral 1 inciso j)⁴⁵.

⁴³ Cfr. Decreto Legislativo N° 1341, *Op. cit.* p.40.

⁴⁴ Cfr. *Ibidem.*, p.41.

⁴⁵ Cfr. Decreto Legislativo N° 1341, *Op. cit.* p.41

SEGUNDO CAPÍTULO

CAPÍTULO 2:

EL ARTÍCULO 50°.1 INCISO N) DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS “MALICIOSO” Y “MANIFIESTAMENTE INFUNDADO”

2.1. Modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1341 a la LCE: en especial referencia al Artículo 50°.1 y la incorporación del inciso N

El desarrollo de esta tesis se basa en la modificación que se le hace a la LCE, en el artículo 50°.1 acápite que contiene las infracciones en la que se incorporan nuevos supuestos que habilita al Tribunal de Contrataciones del Estado para calificar una situación descrita en la norma como infracción y así aplicar sanciones cuando proveedores, postores, contratistas entre otros, incurran en uno de estos supuestos antes mencionados; siendo uno de ellos el contenido en el inciso *n) Presentar cuestionamientos malicioso o manifiestamente infundado al pliego de absolució de consultas y/u observaciones*⁴⁶, la que configura una de las infracciones, supuesto que dio pie al desarrollo de esta investigación.

⁴⁶ Decreto Legislativo N° 1341. *Op. cit.*

La incorporación del inciso n) a la norma, hace referencia al ejercicio de petición o impugnación que el administrado tiene reconocido solicitar ante la Administración Pública para que esta pueda aclarar, observar, e impugnar las bases de las contrataciones que le resulten al administrado necesarios para su desempeño dentro de un proceso de contratación Estatal.

Siendo fundamental que exista una exigencia por parte de la LCE, a la Administración Pública, en donde se garanticen la correcta interpretación en los principios rectores que logre que el interés general se presente como prioridad para que de esta manera la ley se pueda interpretar y aplicar de manera clara, sin que quede duda o exista ambigüedad al momento de leerla o emplearla en alguna de las fases del procedimiento administrativo que ya hemos desarrollado en el acápite precedente, garantizando así el debido procedimiento administrativo y sobre todo la transparencia en este proceso que permita la igualdad entre los postores.

El Decreto Legislativo N° 1341 que modifica la LCE; -ha incorporado al artículo 50°.1, el inciso n) dentro del cuadro normativo de infracciones- incluyendo en su contenido los términos “malicioso” o “manifiestamente infundado”, términos que semánticamente significan según la Real Academia Española⁴⁷:

“Que por malicia atribuye mala intención a los hechos y palabras ajenas”.

“Que carece de fundamento real o racional; respectivamente”.

Estos términos podrían tener múltiples interpretaciones o incluso resultar ambiguos, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, que si bien tiene un significado semántico pueden ser interpretados por la potestad discrecional que se le reconoce a la Entidad Administrativa de una manera incorrecta, puesto que; lo que resulta malicioso para determinadas autoridades, no podría serlo para otras generando así una situación que podría resultar inapropiada para el derecho debido a que no podría darse una uniformidad en los casos y sobre todo para el correcto procedimiento que tendría que garantizarse dentro de las Contrataciones Públicas.

⁴⁷ Real Academia Española. [Ubicado 20.VII.2018]. Obtenido en <http://www.rae.es/>

Siendo así, la norma presenta términos jurídicamente indeterminados, los mismos que son necesarios comprender, así pues cabe señalar que su incorporación en la doctrina surge en Alemania y es adoptado por otros países, sin embargo; algunos doctrinales prefieren la expresión:

*“Concepto normativo indeterminado’, pues tiene una mayor precisión y exactitud, debido a que se trata de conceptos procedentes de cualquier campo del conocimiento, es decir son términos de cualquier ámbito que se incorporan a una norma y adquieren una función y un sentido propio de esta”.*⁴⁸

Esto se aprecia en el texto de la LCE –artículo 50°.1 inciso n)-, al haberse utilizado dentro de una norma Administrativa los términos ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’, términos que no tienen una connotación administrativa delimitada, para entender el contenido o definición que se pueda interpretar al momento de aplicar una infracción en el procedimiento de las contrataciones del estado; por lo tal, se tendrían que dotar de sentido para el desarrollo propio del procedimiento adecuado dentro de las contrataciones públicas.

La teoría del concepto normativo indeterminado se une al tema de discrecionalidad administrativa, entendida como *“el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública, cuando su actuación no está completamente determinada por una ley (...)”*⁴⁹ es decir, la discrecionalidad surge por la habilitación que está expresamente señalada en la norma, o también cuando existiendo una interpretación de la misma manifiesta que la Administración puede hacer uso de la potestad discrecional para actuar en una situación determinada y así poder dar cumplimiento a lo que la ley menciona.

Por lo que, no podemos entender a la discrecionalidad como *“una actuación según lo que subjetivamente estime apropiado y justo la Administración (...) sino la integración de la norma impresa, según los valores inminentes y los objetivos del*

⁴⁸ RODRIGUES- ARANA MUÑOZ, Jaime. ¿Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo?, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 67. Agosto 2011, 209 y ss. [Ubicado el 2.III.2018]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991/3516>.

⁴⁹ BULLINGER, Martín, “La discrecionalidad de la administración pública: Evolución, funciones, control judicial”, en *la Ley*, N°4,1987, p.896 y ss.

*ordenamiento*⁵⁰ así, la discrecionalidad es entendida como la actuación que tiene la Administración de interpretar o actuar según estime lo más acorde a derecho, siendo siempre este el parámetro que determinará si su interpretación producto de un discernimiento fue la adecuada o si se trata de una interpretación subjetiva carente de objetividad y sobre todo contraria a derecho.

Entendido así, la discrecionalidad significa que se debe realizar un análisis sistemático, teleológico y jurídico por parte de la Administración para realizar una actuación o para dar una interpretación al sentido de la norma.

Así, el Comité Especial, hará uso de la discrecionalidad para poder determinar en una situación particular, cuando uno de los postores, proveedores, entre otros haga uso de su derecho de consultar a la Administración a través del pliego de absoluciones de consultas y esta acción califique en la interpretación que hace la Administración Pública como una acción ‘maliciosa’ o ‘manifiestamente infundada’. Dicho de otra manera, cuando el administrado concorra en la infracción señalada en el artículo 50.1 inciso n)⁵¹ de la LCE.

Lo que supone dejar en manos de la Entidad Pública la interpretación de conceptos indeterminados, como lo son los términos: “malicioso” o “manifiestamente infundado”, que al ser una incorporación a la norma administrativa y al no tener precedentes que permitan aclarar los alcances de estos términos resultarían controversiales dentro de un procedimiento de contrataciones estatales.

Es por esto que, ante cualquier modificación que se realice al marco normativo de la LCE se debe garantizar la claridad de la redacción, desarrollar ampliamente los supuestos, entre otros; con la finalidad de poder tener una alcance de qué significa o cómo es que deben ser interpretados los términos “malicioso” o “manifiestamente infundado”; porque lo que para unos puede resultar “malicioso” para otros no lo puede ser, con lo cual estaríamos vulnerando los principios generales de derecho

⁵⁰ RODRIGUES- ARANA, Jaime. ¿Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo? *Op, Cit.* 207 ss.

⁵¹ Artículo 50.1 inciso n) de la LCE señala que: “Presentar cuestionamientos malicioso o manifiestamente infundado al pliego de absoluciones de consultas y/u observaciones”.

Administrativo como por ejemplo el principio de uniformidad o predictibilidad de la norma.

Los términos indeterminados, se encuentran presentes en diversas áreas del Derecho; sin embargo, dentro del Derecho Administrativo late la amenaza de que estos sean utilizados como fuentes legitimadoras de arbitrariedad, si es que la interpretación de los mismos se hará de manera discrecional por parte de la autoridad administrativa en razón de que dichos términos no son propios del Derecho sino son términos propios de distintos campos de conocimientos.

Así pues, estos términos resultan muy amplios e indeterminados para encontrarse en la LCE, lo que podría generar, según el caso en particular, una arbitrariedad y esto debido a que se encuentran reconocidos dentro del acapice de las infracciones las mismas que como consecuencias de ser determinadas por el TCE tendrán una consecuencia.

Sin embargo, es necesario mencionar que los términos jurídico indeterminados no son malos ni tampoco son términos arbitrarios, sino que resultarían arbitrarios si no existe un contorno que los delimite o encause dentro del derecho, debido a que la interpretación que resulte de estos términos podría ser muy amplia y por lo tal generaría una arbitrariedad al resultar manejable la interpretación dichos términos a través de la potestad discrecional que tiene la Administración para calificar si el derecho del administrado de realizar utilizar el pliego de absolución de consultas y/u observaciones devienen en malicioso o resulta manifiestamente infundado.

[Saliendo a relucir una vez más la Discrecionalidad ya que] *“el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada”*⁵².

Aun así, cuando la potestad discrecional tenga que ser razonable y ajustarse a derecho para considerarse como válida, es muy amplio determinar un concepto

⁵² BACA ONETO, Víctor. “La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia Del tribunal Constitucional Peruano”, *Círculo de Derecho Administrativo*, N° 11, marzo 2012, 182.ss.

jurídico indeterminado a través del margen de apreciación que se le permite a la Autoridad Administrativa.

[Es en estas condiciones cuando] *“aparecen [...] las cláusulas generales, los conceptos jurídicos indeterminados y las habilitaciones a favor de la Administración con poderes discrecionales, como medios cotidianos de cubrimiento de los no pocos requerimientos de regulación en varios sectores de la realidad”*⁵³.

Esta situación generaría una afectación a los derechos de los administrados –en este caso los contratistas- quienes, al no tener seguridad jurídica de que la Administración aplicará bajo los mismos términos las normas administrativas al calificar su actuación de presentar un pliego de absolución de consultas y/u observaciones como ‘maliciosa’ o ‘manifiestamente infundado’ estando así en incertidumbre al momento de cuestionar el pliego de absoluciones, debido a que no tienen la certeza de cómo se interpretará en sus casos los términos ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’ recogidos como infracción en el artículo 50°.1 inciso n), de la LCE.

Por lo tanto, se podría interpretar como límite o un freno al ejercicio del derecho de los contratistas –postores- a poder cuestionar el pliego de absolución; lo que no tendría que ser así, sino por el contrario el Estado social y democrático de derecho requiere:

*“de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social”*⁵⁴.

Por lo que se debería brindar condiciones favorables para que los derechos de los administrados – dentro del Derecho Administrativo que además tiene una potestad

⁵³ BACA ONETO, Víctor *Op. cit.*, p. 2007-229.

⁵⁴ STC del 11 de noviembre del 2003 {Expediente número 0008-2003 AI/TC}, considerando número 12. [Ubicado el 04.V.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

sancionadora ya desarrollada en el acápite precedente- puedan ser garantizados y por lo tanto dentro del proceso de las Contrataciones Estatales se pueda garantizar un correcto ejercicio del debido procedimiento administrativo y además no limitar el ejercicio que tiene el administrativo de hacer uso pliego de absolución de consultas y absoluciones para encontrarse en igualdad de condiciones.

2.2. Objeto del pliego de absolución de consultas y/u observaciones

Resulta indispensable entender todo lo referente al pliego de absolución de consultas y/u observaciones -debido a que forma parte del contenido del inciso n) que es materia de investigación- es un mecanismo indispensable dentro de la LCE, que garantiza al administrado absolver sus dudas.

Es importante mencionar que dentro del marco de las contrataciones estatales se establecen tres fases: *“actos preparatorios, procesos de selección y la ejecución del contrato. En esta contratación pública participan dos o más partes de las cuales una de ellas es un ente de la Administración Pública”*⁵⁵. Siendo así, como se desarrolla la adquisición de los bienes y servicios necesarios que se requiere para satisfacer el interés público a través de las contrataciones estatales.

Es en la etapa de selección donde el administrado puede presentar el pliego de consultas entendidas como las: *“solicitudes de aclaración u otros pedidos, no debiendo emplearse para formular pretensiones que desnaturalicen la decisión de compra adoptada por la entidad”*⁵⁶ es decir, cuando el administrado no tenga claro alguna de las bases⁵⁷ o tenga duda sobre el sentido de aquella, podrá expresar a la

⁵⁵ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. “Las Formas jurídicas Administrativas y la Contratación Públicas sobre Bienes, Servicios y Obras” *Circulo de Derecho Administrativo*, N°7, 2009, p.27.

⁵⁶ DIRECTIVA N° 023-2016-OSCE/CD “Disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones”. p.1.

⁵⁷ Entendidas como aquel documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Simplificada y Subasta Inversa Electrónica que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad para la preparación y ejecución del contrato. DIRECTIVA N° 274-2016

Administración Pública a través del pliego de consultas que se le absuelva o explique su duda, así el postor, contratista, entre otros, se encontrará en la misma condición que los demás postores pues tendrá claro el procedimiento de selección y participará sin alguna desventaja en el proceso de las contrataciones del Estado, sin que ello implique que se utilice este recurso para que se altere la decisión de la administración.

Además de ello también tiene reconocido el administrado el poder presentar el pliego de observaciones entendida como:

“el participante puede formular observaciones a las bases, de manera fundamentada, por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación”⁵⁸

A diferencia de las consultas el fin de las observación es advertir de una manera a la Administración que dentro de las bases existe una norma que contraviene el sentido de las contrataciones estatales por lo que se vulnerarían los derechos de los Administrados y además del objeto de las contrataciones -de satisfacer una necesidad a través de la adquisición de algún servicio, obra o bien- para que se consideren válidas esas observaciones tienen que fundamentarse, tener un sustento donde se evidencie la contrariedad a las disposiciones normativas. Estos recursos se presentarán ante el Comité Especial.

[Siendo así, el objeto de la formulación y absolución de consultas y/u observaciones:] *“precisar y uniformizar los criterios que deben seguir los proveedores y entidades para formular y absolver de manera fundamentada consultas y observaciones a las Bases en los procedimientos de licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones simplificadas”⁵⁹*

OSCE/PRE p.3 [Ubicado el 10.VI.2018]. Obtenido en http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas2016/con_resolucion/Directiva%20023-2016-OSCE-CD_Resol%20274-2016-OSCE-PRE.pdf.

⁵⁸ DIRECTIVA N° 023-2016-OSCE/CD. *Op.Cit.* p.1.

⁵⁹ DIRECTIVA N° 023-2016-OSCE/CD *Op.Cit.* p.1.

Resultando este recurso muy necesario, puesto que permite aclarar determinadas situaciones y además hacer ver –de ser el caso- a la Administración que está incurriendo en algún supuesto de vulneración a la norma, por lo que, es necesario que se garantice la utilización de este recurso dentro de las contrataciones públicas.

Es necesario dotar de medidas o criterios para la utilización idónea del pliego de absolución de consultas y observaciones, para que los proveedores puedan hacer uso adecuado de este recurso y así no entorpecer el proceso de las contrataciones, siendo una garantía y recurso efectivo que permita esclarecer las bases y lograr un adecuado procedimiento generando igualdad entre los proveedores y que puedan seguir en el proceso de selección.

De conformidad al artículo 51° del Reglamento⁶⁰, la absolución de consultas y/u observaciones tendrá que ser motivada para poder realizar de manera correcta el derecho de ejercicio del pliego que se elabora conforme a lo que señala la norma; en caso de las observaciones se debe indicar si estas se atenderán, parcialmente o no se acogen, para tal efecto el comité de selección debe absolver las consultas y observaciones de manera motivada mediante el pliego absolutorio de consultas y observaciones, debiéndose identificar y transcribir todas las consultas y observaciones formuladas por los participantes, detallándose el análisis del Comité de Selección sobre las consultas y observaciones que interpuso el administrado así como la precisión exacta de lo que se incorporará en las Bases integradas⁶¹.

Siendo así resulta que *“la consulta califica jurídicamente como una petición administrativa en la que el proveedor solicita al Comité especial que emita una declaración para aclarar las reglas que rigen la contratación”*⁶², es decir lo que se busca es que no exista una mala interpretación de las reglas de juego para que así

⁶⁰ Art. 51°.5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado: “Consultas y observaciones: La absolución se realiza de manera motivada mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones que se elabora conforme a lo que establece el OSCE; en el caso de las observaciones se debe indicar si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen.

⁶¹ Cfr. DIRECTIVA N° 004-2017-OSCE/CD “Acciones de supervisión a pedido de parte” p.3.

⁶² SALAZAR CHAVEZ, Ricardo, *Op cit.* p.33.

no se incurre en un error o infracción que origine una sanción y queden los proveedores fuera del proceso de selección.

[JUAN MORÓN señala que] *“es necesario que la Administración comunique a los administrados, cuál es la posición oficial que sustenta y que pueda servir de base para la determinación de alguna pretensión futura”*⁶³. Por otro lado las observaciones se presentan *“bajo una modalidad jurídica de impugnación, ya que el proveedor espera que el Comité Especial emita una declaración cuyo contenido es invalidar determinadas reglas que conducen la contratación”*⁶⁴.

De esta manera, si es que el pliego de consultas y/u observaciones, es declarada fundada, esta se tendrá que ser incorporada a las bases que regirán la contratación pública, por lo cual la *“absolución de consultas y/u observaciones que se formulen al contenido de las Bases, se considerarán como parte integrante de ésta y del Contrato”*⁶⁵.

Es allí, donde radica la importancia del pliego de consultas y/u observaciones, debido a que si estas observaciones o consultas evitan que se vulneren derechos de los postores y garantizan un proceso de contratación idónea las cuales se deben integrar al contrato resultando la manera adecuada de garantizar que bases arbitrarias sean subsanadas.

Así mismo, se establecen las disposiciones generales del pliego de consultas y/u observaciones, *“el participante debe formular sus consultas y observaciones de manera debidamente motivada, concreta, clara y sin ambigüedades, que permita al comité de selección o al órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, absolverlas a su vez con claridad”*⁶⁶ para lo cual el administrado tendrá que cumplir con estas formalidades y así realizar el uso correcto del pliego de consultas y observaciones teniendo en cuenta las directrices que señala la norma

⁶³ MORON URBINA, Juan. *“Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”*, 11° edición. Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p.422.

⁶⁴ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo, *Op. cit.* p.33.

⁶⁵ VALDIVIA DELGADO, César. *“Manual de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado”*, 1° ed., Perú, Entrelíneas S.R. Ltda., p. 231.

⁶⁶ DIRECTIVA N° 274-2016 OSCE/PRE *Op.cit.* p.5.

para que la Administración pueda responder a la petición válida del postor. Caso contrario su consulta u observación resultaría inválida.

También tendrán que estar debidamente fundamentadas tal como lo señala el reglamento las consultas y/u observaciones que haga el proveedor al Comité especial, así mismo otra disposición general a tenerse en cuenta es que:

“la Entidad puede incluir en las bases una disposición para requerir que, adicionalmente a la presentación de las consultas y observaciones por escrito, los participantes remitan el archivo electrónico respectivo para asegurar que el pliego absolutorio guarde correspondencia con el documento presentado. No obstante, la Entidad está obligada a absolver las consultas y observaciones aun cuando el participante no cumpla con remitir dicho archivo electrónico”⁶⁷.

Es decir, para garantizar la seguridad y conformidad entre lo que se le presenta a la Administración y lo que dicha entidad resuelve se recomienda poder enviar electrónicamente dicho pliego, sin embargo no implica que si se omite este procedimiento se tome como no válido el recurso presentado, por el contrario el Comité Especial tendrá que resolver y absolver el pliego de absolución de consultas y observaciones, sin embargo este elemento electrónico no es un requisito de validez.

[Al absolver las consultas y observaciones], “el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, debe evitar incluir disposiciones que excedan o no guarden congruencia con las aclaraciones planteadas y/o trasgresiones alegadas por el participante, salvo que sea para promover la competencia en el procedimiento convocado, lo que deberá ser debidamente sustentado por el Comité u órgano encargado y siempre que esté vinculada con la respectiva consulta u observación”⁶⁸.

Tanto para el caso de consultas y observaciones recibidas, si el comité de selección u órgano encargo de las contrataciones advierta un vicio de nulidad en los actos del procedimiento de selección, debe ponerlo en conocimiento al Tribunal de

⁶⁷ DIRECTIVA N° 274-2016 OSCE/PRE *Op.cit.* p.5.

⁶⁸ *Ibídem.* P.5.

Contrataciones del Estado siendo esta la entidad competente para evaluar y declarar la nulidad de dichos actos de conformidad con el artículo 44⁶⁹ de la LCE.

Además también se establecen las disposiciones específicas del pliego de consultas y/u observaciones donde el postor al formular sus consultas y/u observaciones tiene que tener en cuenta un formato establecido el cual tendrá que contar con ciertos requisitos al momento de formular su recurso de impugnación como:

- *“Nomenclatura del procedimiento de selección, que debe corresponder con aquella que consta en la ficha de selección publicada en el SEACE*
- *Objeto de la contratación, que debe corresponder con aquel que consta en la ficha de selección publicada en el SEACE. Nombre del participante que presenta las consultas y/u observaciones.*
- *Número de orden de las consultas y observaciones que se formulan. El proveedor debe listarlas en función del orden correlativo de los acápite de las Bases a los que se refieren dichas consultas y/u observaciones.*
- *Acápite de las Bases al que se refiere cada una de las consultas y/u observaciones. En tal sentido, el proveedor debe precisar: a) Sección de las Bases (Sección General, Sección Específica o Anexos), debiéndose consignar en el formato una de las siguientes abreviaturas, respectivamente: SG, SE, A. En caso la consulta y/u observación se refiera a un Anexo, debe adicionarse el número. b) Numeral y literal de las Bases, según corresponda (por ejemplo, num. 2.2.1.1, lit. d); num. 3.2, lit. B.1; num. IV, lit. A). c) Página de las Bases.*
- *Consulta y/u observación que se formula. En caso el proveedor deba incluir necesariamente gráficos o tablas, se puede indicar en el formato que estos obran como anexo, incluyéndose en el formato únicamente el texto de la consulta u observación.*
- *Artículo y norma que se vulnera. En el caso de observaciones, el proveedor debe detallar cuál es el artículo y norma cuya trasgresión alega⁷⁰.*

Ante el pliego de absolución de consultas y absoluciones interpuesto por el proveedor, la entidad competente tiene que absolver dichas impugnaciones teniendo en cuenta las siguientes observancias:

⁶⁹ Artículo 44°.1 de la LCE: El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. 44.2 El Titular de la Entidad declara.

⁷⁰ DIRECTIVA N° 274-2016 OSCE/PRE *Op.cit.* p.6.

- *“Objeto de la contratación, que debe corresponder con aquel que consta en la ficha de selección publicada en el SEACE.*
- *Número de orden único y correlativo de las consultas y/u observaciones presentadas por todos los participantes. La Entidad debe listar las consultas y/u observaciones de manera correlativa en función del orden de los acápites de las Bases a los que se refieren dichas consultas y/u observaciones, con independencia del participante que las haya presentado.*
- *Acápite de las Bases al que se refiere cada una de las consultas y/u observaciones presentadas por los participantes.*
- *Nombre del participante que presentó la consulta y/u observación respectiva.*
- *Análisis respecto de la consulta y/u observación recibida, que supone detallar la respuesta a la solicitud formulada por el participante y el análisis que la sustenta, así como el argumento desarrollado para desvirtuar o confirmar la trasgresión normativa identificada por el proveedor. En el caso de las observaciones, se debe indicar si se acoge, acoge parcialmente o no se acoge la observación, según se confirme o desvirtúe, total o parcialmente, la trasgresión alegada por el participante.*
- *Detalle de aquello que se incorporará en las Bases a integrarse, de corresponder, que supone indicar de manera clara y precisa la modificación a las Bases que se realizará con ocasión de su integración”⁷¹.*

Con lo que queda establecido no solo la forma adecuada de impugnar dentro de las contrataciones del estado y las consideraciones por parte de la Administración al momento de responder las mismas; sino que además, se señala la manera correcta del derecho que tiene el administrado a usar el pliego de absolución de consultas y/u observaciones a través de un formato recogido en un formulario dejando claro la importancia de este recurso dentro del proceso de contrataciones del estado.

Por lo cual, es importante tener en cuenta el contexto del artículo 50°.1 inciso n) donde se incorporan estos términos que resultan amplios al momento de entender su significado dentro de la LCE y la interpretación que pueda tener la entidad respecto de los mismos; puesto que, mencionan al pliego de absolución de consultas y/o observaciones y - podría tal como está la norma - resultaría un límite al derecho que tiene el administrado de hacer uso de este recurso ante la incertidumbre de que su consulta pueda calificar como una infracción.

⁷¹ DIRECTIVA N° 274-2016 OSCE/PRE *Op.cit.* p.6.

2.3. Análisis de los términos: “malicioso” y “manifiestamente infundado”

En el Derecho podemos encontrar múltiples términos sobre los cuales se basa el sentido y alcance del propio derecho; sin embargo es necesario antes de adentrarnos en el análisis de los términos ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’ es necesario partir de lo que significa el término concepto, el cual es una: “*idea que concibe o forma el entendimiento*”⁷²; también se puede entender como aquel pensamiento que se exterioriza con palabras. Un concepto siempre buscará expresar algo, pues significa la descripción de un determinado objeto de lo contrario resultaría inexistente.

[Es necesario también señalar qué no sería considerado como un concepto, puesto que] “*el concepto es diferente a la palabra o palabras que lo expresan. Que un concepto esté formado por palabras no los hace equivalentes. De hecho, varias palabras pueden referirse a un solo concepto, como es el caso de los sinónimos. También existen palabras que no tienen ningún significado sino que sirven como conectores (‘y’, ‘a’, ‘un’, ‘etc.’), por lo que no son conceptos*”⁷³.

Los conceptos “*no dejan de ser conceptos por ser confusos u oscuros, pues en general, todos los conceptos sufren de cierto grado de indeterminación*”⁷⁴, teniendo una noción de qué es lo que se puede entender por concepto, debemos precisar a qué no referimos cuando decimos ‘conceptos jurídicos’, entendiéndolo como todo concepto que se usa en el campo del Derecho: leyes, doctrina, jurisprudencia, entre otros. Sin embargo, algunos autores⁷⁵ manifiestan que “*algunos conceptos jurídicos no tienen ningún significado*” y que serían “*fórmulas vacías*”.

⁷² Real Academia Española. *Op. cit.*

⁷³ ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 2º ed, Barcelona, Ariel, 2003. p.47-52.

⁷⁴ GARCIA MÁYNER, Eduardo. *Lógica del concepto jurídico*, México, Fondo de Cultura Económica. 2003. p.14-15.

⁷⁵ OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968. P.25.

Existen a veces problemas al momento de determinar el significado de los conceptos. Estos pueden tener ciertos defectos y se dan casos en que los conceptos no se ajustan con claridad a los objetos que quieren representar siendo un problema latente en el propio Derecho.

El tema de la indeterminación en el Derecho incluye un tópico como la plenitud del sistema o la determinación de sus criterios de validez y de decisión. Así, se puede hablar de indeterminación del Derecho en tres sentidos:

“En un primer sentido, la determinación significa que el caso o la acción son necesarios desde un punto de vista causal. En un segundo sentido, significa que al sistema pertenece una norma que prevé ese caso o califica deónticamente esa acción, es decir que lo incluye dentro de un contenido. En un tercer sentido, significa que hay criterios que permiten, o bien incluirlos, o bien excluirlos del alcance de una norma. La determinación causal de una acción no implica su determinación normativa. Así mismo, la determinación normativa de una acción por parte de una norma no implica la total determinación del contenido de esa norma”⁷⁶.

Dentro del artículo bajo análisis se ha incorporado el término malicioso, lo que implica que nos hagamos diversas preguntas, y podamos determinar si el TCE al momento de aplicar una sanción atribuye una responsabilidad objetiva, o también implica una subjetividad para poder evaluar esta sanción atribuible al proveedor, lo que podría evidenciar una responsabilidad subjetiva.

En el marco de contrataciones del estado, al tratarse de cuestionamientos del pliego de absoluciones y/u consultas, se manifiesta un derecho de petición o impugnación que se le reconoce al administrado, para que pueda cuestionar a la Administración Pública que aclare, observe o impugne determinadas bases de la contratación Pública.

⁷⁶ REDONDO, María. “Teoría del Derecho e indeterminación comprensiva”, en *Doxa*, N° 20, 1997, p.182.

Sin embargo este derecho reconocido se vería limitado, ya que semánticamente según la Real Academia Española “malicioso” significa: “*Que por malicia atribuye mala intención a los hechos y palabras ajenos*” sin ninguna mayor explicación dentro de la norma de la LCE y su respectivo reglamento, lo que supondría que se debe entender de manera semántica dicho término.

Así el TCE verificará la conducta y la subsumirá en lo que señala la infracción contenida en el artículo 50°.1 n) de la LCE, lo que implica que si un administrado presenta un consulta que considera necesaria dentro del proceso de contratación y que reviste de elementos de validez, legitimidad y conformidad con la buena fe, pero que resulte para el órgano competente el recurso del administrado como malicioso, el TCE podrá sancionarlo por el hecho al considerarse que está cometiendo una infracción la regulada en el artículo 50°.1 inciso n), generando en los demás administrados incertidumbre jurídica, ya que se podría tener cierto recelo el utilizar el pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

Boza y Chocano, señalan que los recursos manifiestamente infundado son “*aquellos recursos que no tienen ningún fundamento en la ley o en los hechos del caso*”⁷⁷, es decir aquellas situaciones de derecho carecen de sentido respecto a lo que el derecho pretende garantizar o también cuando no se pueda probar objetivamente los hechos quedando en indicios, más no constituyendo una prueba válida.

El término infundada es definida como “*cuando no se prueba los hechos anotados como el presente caso*”⁷⁸; este término tiene un concepto que puede contener una amplia interpretación por parte de la Entidad pública, quien tendrá que evaluar el pliego de absolución de consultas y/o observaciones y a través del juicio valorativo

⁷⁷ BOZA, Beatriz y CHOCANO, Christian. Ámbitos de responsabilidad en el ejercicio de la abogacía: la sanción disciplinaria. En: Exposición de Motivos del Proyecto de código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho. Lima, Themis, 2005. p.188.

⁷⁸ STC del 17 Julio del 1998 (Expediente N° 974-96-HC/TC), considerando número 3. [Ubicado el 11.V.2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00974-1996-HC.html>

que este tenga podrá dotar de sentido el recurso, dejando a la discrecionalidad administrativa como único criterio para poder determinar en el caso configura la infracción contenida en el inciso n), siendo los postores limitados como se ha mencionado a lo largo de este capítulo del ejercicio de su derecho de petición, al no existir predictibilidad en los fallos de la Administración Pública.

TERCER CAPÍTULO

CAPÍTULO 3:

EL ARTICULO 50°.1 INCISO N) DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: ENTRE LA DISCRECIONALIDAD Y LA ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA

3.1. Discrecionalidad Administrativa

La Discrecionalidad Administrativa es la *“potestad de actuación administrativa ceñida a la juridicidad y que tiene como límite la razonabilidad, como principio general del derecho”*⁷⁹. Es decir, la actuación administrativa y la potestad discrecional –entendida como aquella situación en la que la Administración no regula de forma detallada abriendo la posibilidad a juicios valorativos -no podrán ser contrarios a los parámetros generales que establecen los principios tanto generales del derecho como aquellos principios administrativos que sirven como garantía para el administrado.

GARCÍA TREVIJANO, manifiesta que en la *“realidad no se encuentran actos administrativos en estado puro, discrecionales o reglados sino que existen partes*

⁷⁹ QUARANTA, Pablo. “La discrecionalidad administrativa y el contencioso administrativo. Hacia un control judicial suficiente” en *Revista de Investigación Jurídica IUS*, N°8, agosto-diciembre 2014, pp.75-92. [Ubicado 2. IV. 2018] Obtenido en https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdiction:PE+content_type:4/La+discrecionalidad+administrativa/PE/vid/708195625/graphical_version.

*discrecionales y partes regladas dentro de un mismo acto*⁸⁰. Es así que se puede decir que la discrecionalidad aparece dentro del Derecho Administrativo como una garantía ante casos específicos que se presenten en la Administración cuando no cuenta con una norma explícita o adecuada para tal caso, por lo que se tendrán que realizar diversos razonamientos que garanticen el interés público para poder brindar una correcta solución que se ajuste al Derecho, ya que la Administración siempre se encuentra sometida a la ley, que sin duda implicaría un control ex post de las potestades discrecionales de manifestarse una arbitrariedad.

Para KELSEN, un acto discrecional implica una cuota de voluntad y conocimiento, para la correcta aplicación de la norma en un caso concreto lo que supone dar un sentido a la norma que se fundamentará en la libre decisión de la Administración Pública; es decir la discrecionalidad forma parte del ordenamiento jurídico en el proceso de aplicación del derecho⁸¹. Dicho de otro modo, la discrecionalidad es un margen de libertad en la toma de decisiones que posee la Administración pública.

En la discrecionalidad existe una labor de discernimiento por parte de la Administración Pública, quien tiene la facultad de elegir lo más razonable entre varias alternativas justas, acogiéndose no solo a los parámetros establecidos dentro de la ley.

La potestad discrecional tiene su origen en la ley, por lo tanto debe su actuación al marco legal; sin embargo esta potestad permite deliberar de acuerdo al criterio o arbitrio del órgano administrativo entre dos o más soluciones justas o válidas siendo un margen de disposición dentro del ordenamiento jurídico que permite tener varias respuestas y no una única alternativa de solución.

[Así] *“La discrecionalidad puede dejar a la Administración espacios de apreciación y decisión más o menos amplios en lo que respecta a la oportunidad (cuándo se actúa o decide), la conveniencia (definición de actuar o abstenerse de hacerlo), diversos intereses públicos presentes en el ordenamiento jurídico que requieren ser conciliados (‘interés primario’ e*

⁸⁰ GARCÍA TREVIJANO, José. “Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso Administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente”, *Revista de Administración Pública*, N°38 1962, p.28.

⁸¹ Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Traducido por Roberto J. Vernengo, 2ªed, México, UNAM, 1986. p.153.

'interés secundario') y el objeto (qué decisión o actuación es la que corresponde adoptar o emprender)⁸².

Sin embargo, existen algunos casos donde la Administración hace un uso incorrecto de la discrecionalidad que posee generando su actuación una afectación al interés público⁸³, entendido como *"el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de la comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado"*⁸⁴.

Para GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS, *"obrar discrecionalmente equivale a obrar libremente, con la salvedad de acomodar la conducta a un fin público específico, de forma que la diferencia entre el acto discrecional y el acto arbitrario se base en el interés público"*⁸⁵; por otro lado para VILLAR PALASI, señala que: *"la discrecionalidad no supone una actuación según lo que subjetivamente estime apropiado y justo la Administración (...) sino la integración de la norma impresa, según los valores inminentes y los objetivos del ordenamiento"*⁸⁶. Es decir, esta potestad que se le reconoce a la Administración no puede ser en ningún caso utilizada de manera subjetiva para favorecer a los proveedores o limitarlos de ser el caso en el ejercicio de su derecho de petición o impugnación que se les reconoce con el pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

Es en estas condiciones cuando "aparecen [...] las cláusulas generales, los conceptos jurídicos indeterminados y las habilitaciones a favor de la Administración con poderes discrecionales, como medios cotidianos de cubrimiento de los no pocos requerimientos de regulación en varios sectores

⁸² MORAGA KLENNER, Claudio. *Tratado de Derecho Administrativo, La actividad formal de la administración del Estado*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010. pp, 35 y 36.

⁸³ STC del 5 de julio del 2004. {Expediente número 0090-2004-AA/TC}. Considerando numero 11 [Ubicado el 17.IV.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html> "como aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa"; asimismo, "dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.

⁸⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario jurídico mexicano, Tomo III, México, UNAM, 1996, p. 1779.

⁸⁵ BACA ONETO, Víctor. *Ibidem*. p. 31.

⁸⁶ RODRIGUES- ARANA MUÑOZ, Jaime. ¿Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo?, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 67. Agosto 2011, 207. [Ubicado el 2.III.2018]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991/3516>.

de la realidad; en todos los casos, al menos desde grandes marcos generales en los que se fijan las modalidades de actuación, límites, vinculación a los derechos de los administrados y fines; elementos que por cierto, jamás deben ser dejados en la mano subjetiva del poder público (de la Administración), porque, allí sí que, -bajo la desnuda voluntad de este- se pondría en serio riesgo la esencia limitadora del Estado de Derecho y del principio de legalidad”⁸⁷.

La discrecionalidad se distingue de los conceptos jurídicos indeterminados, mientras que la discrecionalidad aparece en el lado de la consecuencia jurídica producto del resultado del análisis que pueda realizar la Administración, la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados puede suponer dificultades considerables pues implica tener un conocimiento de los mismos para poder entender la magnitud o alcance de su significado, siendo este el principal problema.

Por ello la aplicación de estos conceptos tan amplios suponen realizar un juicio valorativo que queda sujeto a una subjetividad pues el que evaluará o interpretará dichos términos los hará en base a su propio conocimiento, evidenciándose que la posible única solución no siempre será o tendrá un criterio uniforme⁸⁸.

“Es por ejemplo, discutible qué es lo que hay que entender por honorabilidad (...) Todavía más discutible puede resultar la determinación de si una persona que solicita la autorización de un establecimiento de restauración es honorable en el sentido de esta disposición. Existen, ciertamente, numerosos casos en los que la honorabilidad puede ser afirmada o negada sin más. Pero, entre los dos supuestos, existe una zona intermedia donde la honorabilidad es dudosa y controvertida para los intervinientes. Solo puede existir una única respuesta acertada en sí misma: o el solicitante es honorable o no lo es. Desde un punto de vista jurídico, las dos cosas no pueden ser simultáneamente correctas; solo puede haber una única decisión correcta. Sin embargo, en estos casos límite, resulta dudoso, precisamente, qué es lo correcto”⁸⁹.

Podemos advertir entonces que se recurre a conceptos jurídicos indeterminados dentro de las normas, y sobre todo dentro del Derecho administrativo - como es el

⁸⁷ RODRIGUES- ARANA MUÑOZ, Jaime. *Op. cit.*, pp. 2007-229.

⁸⁸ Cfr. HARTMUT MAURER. . *Derecho Administrativo Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménica Pascual, Madrid, MARCIAL PONS, 2011. pp.175-176.

⁸⁹ HARTMUT MAURER. *Op. cit.* p.175-176.

caso bajo análisis del artículo 50° inciso N de la LCE - al utilizar los términos Malicioso o Manifiestamente infundado en la tipificación de una infracción:

“Cuando se habla de indeterminación de los conceptos jurídicos se ha distinguido entre su indeterminación ex ante y ex post: ‘El contenido de derecho está determinado / indeterminado ex ante si son seguramente previsibles las consecuencias jurídicas de acciones futuras; está determinado / indeterminado ex post si se pueden / no se pueden reconstruir las consecuencias jurídicas de acciones pasadas”⁹⁰.

El tema de la indeterminación necesita ser desarrollado o aclarado pues da la posibilidad de generar varias alternativas a través de los diversos significados que se puede desentrañar de dichos conceptos indeterminados a la luz de la consonancia con la realidad, teniendo en cuenta la teoría de los diversos usos del lenguaje. Es así que el lenguaje no solo ayuda a describir la realidad sino también para producir acciones o cambios.

El derecho, se sirve del lenguaje. *“Por eso, cuando una norma dice que se debe cuidar un bien con la diligencia de un ‘hombre promedio’, es irrelevante para determinar el concepto que está entre comillas, verificar si existe o no un ‘hombre en promedio’ en el mundo real”⁹¹.* Es decir, lo que importa determinar es la implicancia o alcance del concepto de ‘hombre promedio’, cómo se debe entender, estos términos empleados hacen que la norma establezca o desarrolle situaciones que no puedan ser aplicadas de manera sencilla o incluso de manera práctica generando un razonamiento para la interpretación.

Este escenario genera dudas al momento de analizar la norma y el caso en concreto pues no tendríamos certeza de si se aplica o no el supuesto, pese a ellos se tendrá que resolver si existió o no una mala fe por parte del ‘hombre promedio’.

“Mucho se ha discutido sobre cuál es la causa de esta indeterminación en los conceptos jurídicos. Podemos decir que existen varias explicaciones. Por

⁹⁰ COMANDUCCI, Paolo. “Principio jurídicos e indeterminados del Derecho”, *Doxa*, N°21-II, 1998, p.101.

⁹¹ TAMAYO YAÑEZ, Sergio. *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional*, 1°ed, Lima, ARA Editores, 2009. p.31.

ejemplo, que la indeterminación no se produce porque los objetos de la realidad sean indeterminados, sino porque los términos que usamos no siempre ofrecen un criterio seguro para designar algo. Es decir, la indeterminación se da en la relación entre los conceptos y los objetos”⁹².

Por eso necesitamos que exista una norma clara, que no presente ambigüedades o presente conceptos jurídicos indeterminados y que exista una relación coherente entre los conceptos que se utilizan dentro de una norma y los objetos que se pretenden garantizar o salvaguardar dentro del ordenamiento jurídico sobre todo en la LCE, pues las contrataciones públicas implican un gran impacto económico para nuestro país ya que esta prestación de servicios que realiza el Estado con terceros mueve grandes cantidades de dinero destinadas a brindar a la población en general servicios públicos en aras de garantizar el bien común de la sociedad.

Por lo tanto se debe garantizar transparencia en todo el proceso de contratación pública por lo que se tendrá que tener en cuenta los diversos principios administrativos que establecen las bases o pilares de los supuestos que han de ser considerados para realizar una correcta interpretación por parte de la Administración pública, siendo que los conceptos jurídicos indeterminados no contribuyen a lograr dicho objetivo, aún más cuando la Administración Pública puede utilizar las potestades discrecionales para la aplicación de una infracción que contenga términos jurídicos indeterminados.

Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que los términos jurídicos indeterminados no causan perjuicio o ponen trabas por el simple hecho de encontrarse en las normas, pero si pueden afectar al administrado cuando se encuentren en el régimen de infracciones y sanciones debido a que se trata de una norma que es restrictiva de derechos.

⁹² TAMAYO YAÑEZ, Sergio. *Op. cit.* p.31.

3.1.1. Relación entre la administración pública y otros poderes del Estado: Poder Legislativo y Poder Judicial

El Derecho Administrativo Peruano, surge aproximadamente en la década de los sesenta con la promulgación del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto Supremo N° 006-SC de fecha 11 de noviembre de 1967, siendo una novedad dentro del nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo se tuvo normas muy dispersas propias de la innovación de esta área del derecho las mismas que no lograban concretar los fines para los cuales fueron promulgadas.

Con la experiencia y el tiempo, el Derecho Administrativo ha evolucionado mejorando indubitadamente el procedimiento administrativo, contando con la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 la cual fue publicada en el Diario Oficial el Peruano el 11 de abril del 2001, misma que entró en vigencia el 11 de octubre del mismo año y que tuvo como objeto integrar las normas en materia Administrativa salvaguardando los derechos fundamentales de los administrados, propio de un Estado Social Democrático de Derecho a través del Debido Proceso en el Derecho Administrativo, trayendo como innovación el desarrollo de principios que busca llenar los vacíos normativos, así como también características, requisitos de validez y eficacia. Así, el Derecho Administrativo se constituyó como una rama diferenciada tanto del Derecho civil como del Derecho penal⁹³.

El Derecho Administrativo es una rama del derecho vinculada y relacionada con los Poderes del Estado, y esto se puede manifestar a través de la 'zona de reserva' que habilita al Poder Ejecutivo a dictar reglamentos autónomos, sin que ello implique o legitime una traba para el Poder Judicial al momento de realizar su revisión judicial o limite dicha revisión, teniendo el Ejecutivo que integrar los

⁹³ CFR, VILLEGAS ESTREMADOYRO, Luis. "Evolución Histórica del Derecho Administrativo Peruano", *República Jurídica Administrativa. Revista estudiantil de Derecho Administrativo Hispanoamericano*, N° 2, julio – diciembre 2010, pp.49-58. [ubicado el 4.VI.2018]. Obtenido en <file:///C:/Users/pc/Downloads/424-391-1-PB.pdf>.

poderes que surgen de su responsabilidad como poder superior del Estado que cumple con sus funciones de administrar el país.

A través de esta teoría se busca que el Poder Ejecutivo no minimice o someta al Poder Legislativo, del mismo modo ocurre con la Administración en lo que respecta a la discrecionalidad, esta es revisable para evitar que se cometa exceso de poder por causa de la arbitrariedad administrativa a través de una revisión judicial con la finalidad que se garanticen el cumplimiento de los derechos de los administrados y de esta manera se evite la desviación de poder haciendo posible la relación entre el Poder Judicial y el Derecho Administrativo⁹⁴.

Por tanto, la discrecionalidad tiene su origen en el Poder Legislativo, sin embargo, este sector del Derecho no es totalmente independiente. Se vincula con la ley y con el control judicial. El primero le otorga potestades a la Administración Pública mientras que el segundo se encarga del régimen de control de la discrecionalidad por el Poder Judicial, porque la Administración Pública no valora su propia discrecionalidad.

“Lo que no pueden hacer los jueces es sustituir por completo a la Administración, excepto en aquellos supuestos en que se trate de medidas positivas respecto de actos concretos reglados que la Administración tenía el deber legal de dictar o la modificación incluso de actos viciados de nulidad que llevan a cabo los jueces a fin de que la tutela judicial sea realmente efectiva y puedan restablecerse los derechos vulnerados”⁹⁵.

Es decir, los jueces tiene como función primordial la revisión judicial, no es facultad del Poder Judicial establecer o dictar las normas para la actuación de la Administración y de los servicios que esta presta caso contraria se estaría desnaturalizando su función y además se trasgrediría el principio de separación de poder ya que la actividad de dictar o establecer los reglamentos es propia del Poder Legislativo.

⁹⁴ CFR, CASSAGNE, Juan. *Derecho Administrativo*. Tomo I, Perú, Palestra Editores, 2010. pp.139-141.

⁹⁵ CASSAGNE, Juan. *Ibidem*. p.141.

La revisión judicial es importante para poder adoptar las medidas justas que este poder tome y garantizar una correcta tutela judicial efectiva, o cuando por excepción la Administración esté habilitada legalmente para realizar determinados actos y la omite generando un perjuicio para el administrado, el Poder Judicial en la revisión que tendrá que realizar podrá en esos supuestos llevarlos a cabo para poder garantizar el debido proceso y por lo tal cesar con la afectación de los derechos vulnerados.

Habiendo desarrollado la relación que existe entre la Administración Pública y los poderes del Estado, es preciso señalar la importancia de la discrecionalidad dentro de la Administración Pública, puesto que su actuación es habilitada por la ley que emana del Poder Legislativo y por lo tal los argumentos que se desprendan de esta potestad tiene que resultar de la misma Ley.

[La discrecionalidad debe ser otorgada por el legislador]. *“Debe resaltar, pues, de las correspondientes normas jurídicas aplicables en cada caso. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, la habilitación para el uso de la discrecionalidad puede producirse, ocasionalmente, a través de una indicación expresa, mediante el uso del término mismo de ‘discrecionalidad’; la mayoría de las veces, sin embargo, se desprende de la utilización de expresiones tales como ‘puede’, ‘le está permitido’, ‘está facultado para’, etc. En algunos casos aislados cabe, también, que se deduzca de una interpretación sistemática del contexto global de la regulación”*⁹⁶.

La Administración tiene la libertad de elegir entre varias soluciones válidamente todas, y por tal los jueces exigen que exista una motivación suficiente que justifique la elección por parte de la Administración para poder distinguir entre una discrecionalidad legítima o determinar de ser el caso una arbitrariedad. La falta de esta motivación hará notar que no existe un soporte legal y se trata de una voluntad antojadiza que no contrasta con la realidad y es que la discrecionalidad implica una elección según la interpretación que pueda realizar cada persona por lo cual se exige un fundamento que respalde dicha interpretación de esta modo se pueda

⁹⁶ HARTMUT MAURER. *Op. cit;* p.168.

garantizar un criterio justo, acorde al derecho que nazca de la discrecionalidad que se le otorga a la Administración.

[Es así que la] “discrecionalidad concierne a la consecuencia jurídica de una regulación legal. Existe discrecionalidad cuando la Administración, ante la realización de un supuesto de hecho legal, puede elegir entre distintos modos de actuar. La ley no anula al supuesto de hecho una consecuencia jurídica (como en el caso de la discrecionalidad admirativa reglada), sino que autoriza a la Administración a determinar, ella misma, la consecuencia jurídica, ofreciéndole a tal efecto dos o más posibilidades o un cierto ámbito de actuación. La discrecionalidad puede referirse, por lo tanto, a si la Administración debe intervenir y actuar en general (discrecionalidad de decisión) o a cuáles, de entre las medidas posibles y permitidas, debe adoptar en el caso concreto (discrecionalidad de elección)”⁹⁷.

Toda decisión de la Administración, es susceptible de control judicial debido a la juridicidad en donde la Administración ha de actuar con sometimiento pleno a la Ley. Es así que el juez al momento de realizar la revisión judicial sobre los actos discrecionales de la Administración va a tener que realizar una evaluación de la motivación para que pueda dar una sentencia justa si es que esta motivación es debida o si es que es defectuosa.

Es importante exigir a la Administración dar cuenta de sus actos, que explique los fundamentos que tomo en cuenta para optar por determinada decisión, ya que es relevante no solo para la decisión judicial que tomará por Poder Judicial cuando realice la revisión judicial, sino que es de interés de todos que la Administración Pública actué correctamente. Como Estado Social Democrático de Derecho es necesario someter a la Administración a una revisión judicial sobre todo cuando se trate de potestades discrecionales, ya que es una garantía para los administrados que de esta manera se va a administrar mejor ya que exigirá una solución con mayor análisis antes de optar por una u otra alternativa justa, generando mejores resultados por parte de las Administración⁹⁸.

⁹⁷ HARTMUT MAURER. *Op.cit.* p.167.

⁹⁸ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Lima, Palestra Editores, 2006, pp.361-362.

3.1.2. Criterios para valorar cuándo existe y cuándo no existe discrecionalidad

Habiendo establecido la diferencia y las relaciones entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, cabe ahora resaltar que la discrecionalidad exige una cuota de libertad al momento que la Administración Pública toma una decisión, en los casos que existan varias alternativas jurídicamente justas para el Derecho.

El primer criterio a tener en cuenta es la razonabilidad, ya que al momento de realizar la Administración una valoración subjetiva, esta tiene que estar sustentada en base a la razón o conjunto de razones susceptibles de dar un soporte a la decisión que se va a tomar en cuenta, si no se presentan esas justificaciones de la elección realizada solo estaremos ante un decisión antojadiza de la Administración constituyéndose una discrecionalidad ilegítima. Así se concluye que el único poder que la Constitución reconoce como legítimo es el que resulta de una voluntad racional para lo cual se ha de respetar la realidad de los hechos.

Es así que cuando no exista una norma clara que establezca un estándar jurídico o una actuación normativa que garantice una predictibilidad en los diversos casos, el órgano tendrá que actuar según las razones que considere justas o correctas. Se trata en definitiva de:

“conciliar la supremacía de la Administración con la libertad de los particulares y de compensar la discrecionalidad necesaria para la acción administrativa con los controles indispensables para asegurar que ésta no degenera en arbitrio o sea de cualquier manera influenciada por consideraciones externas al interés público”⁹⁹.

Es decir la razonabilidad tiene que estar enfocada en la realidad de los hechos y en el interés público para que pueda limitar su decisión dentro de las múltiples soluciones que se le presenta a la Administración a fin de que esta opte por la que

⁹⁹ CALVO ORTEGA. Rafael. “Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero” *Hacienda Pública Española*, N° 1, 1970. pp. 142–144.

tenga mayor arraigo entre la realidad de los hechos y el fin o sentido de la norma que permite la discrecionalidad haciendo una correcta fundamentación.

El segundo criterio que nos permitirá determinar si existe o no discrecionalidad es tener en cuenta la finalidad de la norma para la cual fue dada, con el objetivo de garantizar la validez de los actos discrecionales, caso contrario se devendrá en una nulidad, pues es necesario que la interpretación de la norma se haga dentro del contexto de la norma con ayuda de los principios para poder delimitar el alcance de nuestra interpretación y poder realizar conforme a derecho la potestad discrecional.

[El fin constituye] *“una importante limitación de la libertad de elección entre las diversas alternativas en presencia y en la forma en que ha de operar la autoridad administrativa para el ejercicio de esa potestad discrecional. (...) Se pone, así, de manifiesto que en el ejercicio de sus potestades discrecionales la Administración se encuentra entre la elección y el deber: deber en cuanto que la Administración se encuentra obligada a la consecución del fin establecido en la norma y elección en la medida en que cuenta con un margen de decisión en la determinación del medio que ha de emplearse para la consecución de tal fin”*¹⁰⁰.

Como tercer criterio, tenemos a la motivación¹⁰¹, y es que como ya se ha señalado la discrecionalidad posee una cuota de libertad; entendiéndose esta en dos aspectos: la primera como una libertad positiva, la cual establece que un órgano tiene la potestad de asumir una posición respecto de un caso en particular es decir; la autoridad Administrativa tiene la potestad de poder determinar qué decisión va a tomar ceñida a los principios del derecho administrativo, realizando una motivación adecuada de su decisión teniendo en cuenta el sentido de la norma los cuales sustentarán y guiarán a una decisión correcta en el marco de la potestad administrativa.

¹⁰⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico. (Construcción teórica y análisis jurisprudencial)*. Pamplona, Aranzadi, 1997. p.180.

¹⁰¹ La LPAG en el artículo 6º, inciso 1 establece de modo general el requisito de la motivación que deben cumplir los actos administrativos, en los siguientes términos: “La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”.

El segundo aspecto de la discrecionalidad supone una libertad negativa, que posibilita la libertad de adoptar las decisiones con arreglo a la ley, es decir justas se deberá identificar las opciones que tendrán las autoridades competentes ya sea un juez o la Administración Pública, para que constate las varias alternativas que nazcan del Derecho.

Dicho de otro modo las autoridades tendrán que razonar o analizar las posibles opciones para los determinados casos y que de allí nazca o se logre identificar la solución más adecuada para cada caso en particular, no hay ninguna razón para pensar que el hecho de que los órganos públicos tengan un margen de actuación libre o discrecional sea, por ello mismo, algo desmedido, sino que habrá de ser valorado y justificado siempre a través de la motivación¹⁰².

Definitivamente no hay discrecionalidad cuando se realiza un acto irrazonable, injusto sin motivación originándose por el contrario una arbitrariedad y se caracteriza porque *“el acto arbitrario no es solo su disconformidad con el Derecho, sino, también y fundamentalmente, carecer de fundamento alguno, es decir, no basarse en ninguna regla o criterio, ni jurídico ni de otro tipo”*¹⁰³.

Así lo que diferencia a la arbitrariedad de la discrecionalidad administrativa es la ausencia de un juicio de razonabilidad y de fundamentación. Si bien es cierto no se encuentra normado es esa la facultad que se le ha otorgado a la Administración: la realización de un juicio fundado en razones que tenga una explicación, una motivación idónea.

3.1.3. Clases de discrecionalidad

La doctrina ha desarrollado diversas clases de discrecionalidad Administrativa, para poder dar solución a los posibles varios legales que requiera la norma, y poder dotar

¹⁰² Cfr. LIFANTA VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” *DOXA*, N° 25, 2002, pp. 422- 424. [ubicado 5.IV.2018]. obtenido en <http://hdl.handle.net/10045/10148>.

¹⁰³ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Op. Cit.* p.153.

de contenido los casos que se presente, siendo así que la doctrina puede asumir diversas modalidades como:

Discrecionalidad típica, en los supuestos en que *“el margen del arbitrio o libertad no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados y en los cuales el órgano administrativo está habilitado para escoger una solución entre otras posibilidades igualmente justas”*¹⁰⁴. Es decir, la Administración, tendrá un espacio para poder discernir y determinar entre varias soluciones válidas la que considera más propio para el caso que se encontrará analizando, esta clase de discrecionalidad no se encuentra limitada, pero si es la ley la que habilita dicha discrecionalidad.

Discrecionalidad atípica, es aquella en donde *“la discrecionalidad se halla acotada por un concepto jurídico indeterminado de valor que si bien, en principio, admite una única solución justa puede en algunas circunstancias suponer un cierto margen de valoración entre varias posibilidades justa”*¹⁰⁵.

Discrecionalidad reglada, es aquella discrecionalidad en la cual la Ley establece límites concretos, en la que de todos modos existe un margen de valoración propio de la interpretación que haga la administración, sin embargo; no puede salirse de estos contornos.

La discrecionalidad mayor, es aquella en *“donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente”*¹⁰⁶. En esta clase de discrecionalidad administrativa por el gran margen de libertad que supone al no estar delimitada por un concepto, exige un mayor control que se realizará a través de la vía judicial, para garantizar que esta

¹⁰⁴ CASSAGNE, Juan. *Derecho Administrativo Tomo II*. Lima, Palestra Editores, 2010. P.228.

¹⁰⁵ CASSAGNE, Juan. *Ibidem*. p. 228.

¹⁰⁶ STC del 5 de Julio del 2004. {Expediente número 0090-2004-AA/TC}. Fundamento 9. [Ubicada 7 IV.2018]. Obtenida en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>.

potestad discrecional se encuentre con las formalidades procesales, es decir cumpla con una debida motivación.

Así también tenemos a la discrecionalidad intermedia, en la cual *“el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión”*¹⁰⁷. Es decir esta discrecionalidad permite que la autoridad realice un interpretación del concepto jurídico indeterminado para lo cual tendrá que motivar su decisión en criterios razonables aplicables al caso en concreto así se garantiza que esta discrecionalidad no sea arbitraria, ya que sería muy factible por la potestad de dotar de contenido a dichos término que no se encuentran definido de manera determinada sino que suponen un concepto muy amplio y un tanto complicado de determinar.

Por otro lado, está la discrecionalidad menor *“es aquélla en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley”*¹⁰⁸. Esta discrecionalidad represente una cuota de libertad constreñida a lo que la ley establezca, es decir se elegirá entre los supuestos que la propia norma señale para la aplicación de la discrecionalidad teniendo la Administración la facultad de aplicar uno u otro supuesto según sea el caso.

3.2. La motivación como garantía del correcto ejercicio de la discrecionalidad

Cuanto mayor es la discrecionalidad, mayor es también el deber que tiene la Administración de motivar el acto, pues está obligada a expresar claramente las causas que la llevaron a adoptar esa decisión y el razonamiento seguido. *“De esa manera será posible verificar si la decisión es el producto de un comportamiento*

¹⁰⁷ *Ibídem.*

¹⁰⁸ STC del 5 de Julio del 2004. *Op. Cit.*

*razonable y adecuado al fin de la ley, o la consecuencia de un voluntarismo caprichoso, en cuyo caso constituiría un acto arbitrario”*¹⁰⁹.

Motivar un acto es “*justificar la relación de causalidad entre los motivos presupuestos y los motivos determinantes*”¹¹⁰. Por eso, “*se debe interpretar como descompuesto en dos requisitos: debe estar motivado y expresar las razones de su dictado (...)*”¹¹¹. Está demás aclarar que la motivación debe ser precisa, razonada y clara, cualquier argumentación no es suficiente.

Los actos de aplicación de la ley se tienen que motivar aun cuando no exista una norma específica que lo establezca como deber, pues los funcionarios tienen que justificar las decisiones que adoptan respecto de la *res publica*, como principio general. Ellos no gestionan intereses propios, sino del Estado, que es un tercero o del ente impersonal, que es la sociedad.

Además, la motivación es necesaria para que se pueda hacer efectiva la revisión de la legalidad de los actos administrativos. Por estas razones deben necesariamente expresar cuál fue el procedimiento seguido en la aplicación de las normas generales y abstractas al caso en particular, demostrar que el acto es consecuencia de la voluntad de la ley y no la del funcionario; todo ello como forma de realizar la justicia a través del derecho:

[Por lo que el contenido del deber de motivar representa que] “La cita de los hechos apreciados impone que la Administración resuelva solo sobre circunstancias reales, y tenidas por ciertas que sirven para formular convicciones de verdad material en la autoridad que decide el procedimiento. Se concreta en la relación de los hechos probados relevantes del caso en específico. No son fundamentación debida los supuestos inexistentes, carentes de confiabilidad, no examinados o generalidades que

¹⁰⁹ FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomas. *De la Arbitrariedad de la Administración*, Pamplona, Civitas Ediciones, 2008 p.160.

¹¹⁰ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo, legislación Administrativa Argentina*, 4° ed, Tomo II, Buenos Aires, EL ATENEO, 1947. p. 88.

¹¹¹ SANCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, 1° ed, Madrid, Tecnos, 1995. p 151 y ss.

como pretexto artificiales o sesgados escondan desviaciones en el ejercicio de la función pública ¹¹²

Por lo general los actos dictados sobre la base de potestades regladas no tienen por qué ser motivados, pues los motivos están en la ley, que obliga a aplicar sus prescripciones, ya predeterminadas, en forma automática; *“basta con enunciar la relación que existe entre los hechos presupuestos y la norma”*¹¹³.

Sin embargo, en Perú el Principio de Debida Motivación está expresamente contemplado en el Artículo 3° numeral 4) de la LPAG¹¹⁴ como requisito de validez de los actos administrativos, tal y como puede apreciarse a continuación:

“Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos.- Son requisitos de validez de los actos administrativo (...)

3.1. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...).”

Además, el artículo 6° de la LPAG establece como debe ser la motivación:

“Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo.

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.”

La motivación constituye uno de los principios generales del Derecho administrativo y su importancia radica en que todo pronunciamiento de la Administración tiene que ser manifestada a través de argumentos que permitan conocer la razón de dicho acto así se generará seguridad jurídica al administrado en tanto que tendrá conocimiento de las razones jurídicas llevadas a cabo para dicho análisis y los

¹¹² MORON URBINA, Juan. *“Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N°27444”*. 13°ed, Tomo I, Perú, Gaceta Jurídica, 2018.p.236.

¹¹³ BIELSA, Rafael, *Op Cit*, p.87.

¹¹⁴ Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444.

motivos que fueron tomadas en cuenta de esta manera se está cumpliendo no solo con la validez del acto administrativo del cual la motivación es uno de sus requisitos, Sino que además representa la esencia del acto administrativo ya que nos permitirá verificar que este no sea arbitrario y que el razonamiento de la Administración Pública se encuentre evocado al fin normativo garantizando así el interés público.

El Tribunal Constitucional ha emitido importantes pronunciamientos, señalando lo siguiente:

“La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3º y 43º de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso”¹¹⁵.

El deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando esta decisión repercute en las sanciones. En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, es así que se garantiza que el administrado pueda impugnar los actos arbitrarios tal como señala la norma, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador.

Para MORÓN, la motivación tiene que cumplir con algunas funciones entre ellas está la seriedad del pronunciamiento de la Administración Pública la cual debe garantizar la conformidad con el sentido de la norma; así también señala que cumple un rol informador pues garantiza al administrado la certeza que su caso fue revisado, analizado y resulto lo cual además le permite solicitar una revisión por parte de un órgano superior el cual podrá valorar si esta motivación se ajusta a ley;

¹¹⁵ STE del 11 de octubre del 2004. {Expediente número 2192-2004 AA/TC}. Fundamento número 8. [ubicado el 8.III.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>.

por otro lado la motivación permite justificar a través del razonamiento empleado el contenido del acto administrativo; y finalmente la función de control por parte del Poder Judicial a la Administración donde la motivación reviste de racionalidad y objetividad como parámetro para determinar si existió o no proporcionalidad entre el acto, los motivos y la decisión de la Administración. Así la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes¹¹⁶.

3.3. ¿Discrecionalidad o arbitrariedad? En la interpretación del artículo 50°.1 inciso N) de la Ley de Contrataciones del estado

El artículo 50.1 inciso n), recoge un supuesto de ejercicio de peticiones e impugnaciones de naturaleza administrativa en el marco de un procedimiento de contratación pública, surgiendo a luz de la modificación que se realizó a la LCE, ocasionando mucha suspicacia al incorporarse dentro de la norma, los términos 'Malicioso' o 'Manifiestamente infundado', términos que no han sido desarrollados en el ámbito del Derecho Administrativo. Ello implica que sea la autoridad administrativa la encargada de usar la potestad discrecional que posee para la aplicación de determinadas infracciones a los diversos proveedores que cuestionen el pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

Con ello se pone de manifiesto que, dentro del ordenamiento jurídico se puede encontrar escenarios en los que la certeza jurídica se vea trastocada, en los casos nuevos por ejemplo o en las modificaciones de las distintas leyes, así como también puede ocurrir por la dificultad del caso que puede generar un conflicto debido a un vacío dentro del ordenamiento jurídico.

[Lo que ocasiona que la] *“aceptabilidad no resultará pacífica y exigirá un esfuerzo de justificación mucho mayor. Ello ocurrirá, bien porque la*

¹¹⁶ CFR, MORON URBINA, Juan. *Op. Cit.*pp.235-236.

decisión no contará con la base de la presunción de la que gozan las normas jurídicas válidas, o bien porque se producirá un conflicto entre varios valores morales que no podrá resolverse desde la mera aplicación de normas jurídicas, sino que el decisor deberá acudir a principios jurídicos”¹¹⁷.

Por ello resulta necesario que el operador jurídico tenga como garantía de validez del acto discrecional a la motivación, ya que si bien “*la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a un juez o a un funcionario para que decida según los principios o estándares que considere justificadamente de aplicación ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma jurídica a aplicar*”¹¹⁸ esta facultad tiene que estar sustentada en los datos objetivos que ayuden a verificar la decisión fruto de la realidad que se vea reflejada con el sentido de la norma y no resulten irrazonables con las circunstancias en donde serán utilizadas.

Así pues, estos términos resultan muy amplios o indeterminados *para* encontrarse en la Ley de Contrataciones del estado, pues podrían generar rasgos de arbitrariedad, al dar cabida a la subjetividad al momento de determinar según el criterio o razonamiento que tenga la Administración al calificar como ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’ la consulta y/u observación al pliego de absoluciones.

Esta situación generaría una afectación a los derechos de los administrados –en este caso los contratistas- quienes, al no tener seguridad jurídica de que la Administración aplicará bajo los mismos términos las normas administrativas, estarán en incertidumbre al momento de cuestionar el pliego de absoluciones de consultas y/u observaciones, debido a que no tienen la certeza de cómo se interpretará en sus casos los términos “malicioso” o “manifiestamente infundado” recogidos como infracción en el artículo 50°.1 inciso n), de la LCE.

Por lo tanto, se podría interpretar como límite o freno al ejercicio del derecho de los contratistas –postores- a poder cuestionar el pliego de absolución; lo que no tendría

¹¹⁷ MESQUIDA, Joan, “El concepto de Discrecionalidad y su control”, *Universidad de las Illes Balears (España)*. Vol. 37, 2003 p. 340.

¹¹⁸ *Ibídem*, p. 340.

que ser así, sino por el contrario el Estado debería brindar condiciones favorables para que los derechos se ejerciten.

Visto de esta manera, también tendríamos que denunciar penalmente a aquellos que presentan una demanda que es declarada infundada, por ejemplo si se presenta una demanda de una obligación de dar una suma de dinero y resulta que el título valor no tenía mérito ejecutivo hay que sancionarlo porque resultó ser una demanda infundada, pues no.

Por tanto resulta un problema mayor dentro de la Administración Pública ya que tal y como se encuentra regulada la infracción, la autoridad tendría que valorar la intención que motivó al administrado a utilizar esa consulta y/u observación a través del pliego y determinar que esta acción resulte 'maliciosa' o 'manifiestamente infundada' y por lo tal tiene como consecuencia una sanción administrativa. Esta afirmación resulta del propio sentido del pliego y es muy riesgosa porque su función es esclarecer algunos puntos de las bases o advertir que las mismas van en contra de la norma según la percepción que tenga el administrado, entrando así en el campo de la subjetividad que es muy probable que devenga en arbitrariedad.

Otro supuesto que podría darse en la realidad sería, por ejemplo, en un proceso de selección de Adjudicación Directa cuyo objeto de convocatoria es el Servicio de Póliza de Seguros Patrimoniales, Personales y de Obras Civiles, en el que se discute aprobar el pliego de absolucón de consultas y observaciones de las bases y en la que se hace la siguiente consulta: n° 1 Se solicita al Comité Especial confirmar que el servicio de grúa será hasta US\$ 250.00 dólares. La respuesta a la consulta n° 1 podría ser: Ceñirse a lo indicado en las Bases¹¹⁹, el Servicio de Grúa y/o remolque y/o transporte de vehículo inoperativo, por causa del siniestro, será hasta US\$ 500.00. Dólares; como también otra posible respuesta por parte de la

¹¹⁹ En las bases de la Adjudicación Directa se señala que el Servicio de Grúa, remolque y/o transporte de vehículo inoperativo, por causa del siniestro, será por un monto hasta US\$ 500.00. dólares para el Servicio de Póliza de Seguros Patrimoniales, Personales y de Obras Civiles objeto del este procedimiento de contratación.

autoridad podría ser que dicha consulta sea calificada como ‘maliciosa’¹²⁰ porque estaría el administrado atribuyendo con mala intención palabras ajenas a las bases en este caso el monto de US\$ 250.00 dólares que cubriría el servicio de la grúa de vehículo inoperativo por causa del siniestro, cuando en las bases se señala que el monto será hasta US\$ 500.00. Dólares, generando una infracción por parte de administrado y por lo tal una sanción.

Cabe resaltar que no todas las consultas y/u observaciones al pliego tendrían que considerarse a priori como ‘maliciosas’ o ‘manifiestamente infundadas’ sino que en este caso la autoridad si podría estimar a través de la potestad discrecional que esta consulta califica como ‘maliciosa’ porque busca que se confirme un monto mucho menor al que se estableció en las bases de la convocatoria de Servicio de Póliza de Seguros Patrimoniales, Personales y de Obras Civiles que se requiere en la base.

De igual manera también podría resultar cuestionable la infracción contenida en el artículo 50.1 inciso n) al momento de que el administrado por ejemplo plantee la siguiente observación a las bases dentro de un proceso de Selección en el marco de una implementación de un Camal:

Cuestionamos la exigencia establecida en las bases, referidas al tiempo de experiencia de Supervisor de Estructuras, Supervisor de Sanitarias, [...] toda vez que resulta restrictiva y limita la participación de postores potenciales, pues debe posibilitarse la mayor concurrencia de postores y contar con la pluralidad de Postores, máxime; los certificados de conformidad no necesariamente indican que el proyecto ejecutado tendría áreas de pavimento, condición irrelevante, pues el requerimiento debe ser referido al concepto de obras similares.¹²¹

¹²⁰Real Academia Española
 “Que por malicia atribuye mala intención a los hechos y palabras ajenas”. [Ubicado 20.VII.2018].
 Obtenido en <http://www.rae.es/>

¹²¹ Acta de Absolución de Consultas y Observaciones del Proceso de Selección N° 002-2018-CE-MPE/Ley N°29230 de fecha 20 de febrero del 2018 Observación N°8 [Ubicado 8.V.2018]. obtenido en https://www.obrasporimpuestos.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PROYECTOS_EN_EJECUCION_SUPERVISORA/file/empresa%20supervisora/MP%20Espinar/2174300/CIRCULAR%20N%C2%BA%20002-2018-%20DEL%20PROCESO%20DE%20SELECCI%C3%93N%20N%C2%B0%20002-2018-CE-MPE%20%20ABSOLUCI%C3%93N%20DE%20CONSULTAS%20Y%20OBSERVACIONES.pdf

La respuesta de la Administración podría ser cualquiera de las siguientes alternativas: la primera señalar que no se acoge la observación y que las exigencias para los profesionales requeridos se encuentran descritas en las bases¹²², mientras que la segunda respuesta podría ser que dicha observación es infundada porque carece de fundamento racional ya que en ningún momento se está restringiendo en las bases la participación de los postores dentro del proceso de contratación pues se señalan los requisitos que tienen que tener los profesionales, el tiempo de experiencia y que esta sea corroborada con la documentación pertinente que se detalla en las bases con la finalidad de poder contar con la implementación del canal y que esta sea la más adecuada, por lo que no se entiende la razón por la que se realiza esta observación que al carecer de fundamento racional resultaría infundada en este caso y por lo tanto sería pasible de una sanción.

En consecuencia, en materia de contrataciones estatales el procedimiento sancionador no mira la intención del administrado sino evalúa si se ejecutó o no una infracción, estando en un escenario de responsabilidad objetiva en la cual no debería tomarse en cuenta el elemento volitivo por parte del administrado; sin embargo, parecería que la Administración estaría juzgando la subjetividad de este tomando en cuenta el elemento de la intención. Esto generaría una situación en la cual la autoridad tenga que preguntarse si es que el administrado presento su pliego desde un punto de vista 'malicioso' o 'manifiestamente infundado', ahora se tiene que tener en cuenta que en un procedimiento sancionador no se cuenta con las etapas suficientes para valorar si fue 'malicioso' o 'manifiestamente infundado' la presentación del pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

¹²² Se establece como exigencias que los profesionales cumplan con los siguientes requisitos: el Supervisor de Estructuras: tiene que ser un Ingeniero Civil con 05 (cinco) años de experiencia en supervisiones y/o construcciones en Obras Similares en calidad de especialista de estructuras; Supervisor de Sanitarias: tiene que ser un Ingeniero Civil y/o Ingeniero Sanitario con 05 (cinco) años de experiencia en supervisiones y/o construcciones en calidad de especialista de Instalaciones Sanitarias, de obras similares; ambos acreditadas mediante presentación de copia Certificados, Constancias o Contratos y su conformidad donde se aprecie el periodo contractual y cualquier otra documentación que demuestre fehacientemente la experiencia adquirida.

En consecuencia, es necesario que los actos discrecionales en los cuales se le faculta a la autoridad Administrativa a realizar una deliberación resulten fundamental que *“la fundamentación deba extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas que opten entre varias alternativas posibles”*¹²³. Con la finalidad de que en una resolución sancionadora se expliquen tanto el acto infractor del administrado como las razones que tiene a la Administración y que la llevaron a aplicar una determinada sanción en relación al perjuicio, gravedad, etc., y que esta sanción se encuentre en proporción entre los medios y fines públicos cuando las decisiones de la administración tenga que calificar infracciones o imponer sanciones¹²⁴.

Finalmente es inevitable preguntarse cuál habrá sido la razón de incorporar esta infracción dentro de la LCE, cuando toda modificación del marco normativo es garantizar mejorar los procesos dentro de las contrataciones estatales, sin embargo el inciso n) contenido en la infracción no apunta sólidamente a este fin, más bien parece limitar el derecho de los contratistas a poder cuestionar el pliego de absolucón; generando un precedente para que más adelante en situaciones similares otros postores ya no puedan hacer uso del pliego de absolucón de consultas y/observaciones por el temor de que les pueda pasar lo mismo lo que no tendría que ser así, sino por el contrario el Estado debería brindar condiciones favorables para que los derechos se ejerciten.

3.4. Propuesta de modificación del contenido del artículo 50°.1 inciso N) de la Ley de Contrataciones del estado

¹²³ CFR, MORON URBINA, Juan. *Op. cit.*pp.235-236.

¹²⁴ CFR, Artículo IV, numeral 1.4 del Título Preliminar del Texto Único Ordenando de la LPAG: Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Propuesta que modifica el contenido del artículo que refiere al uso de los términos “malicioso” o “manifiestamente infundado” incorporados por el decreto legislativo Decreto Legislativo N° 1341 que modifica a la Ley N° 30225 (Ley de contrataciones del estado),

La Bachiller Diana Cristina Paz Lopez de conformidad con la Constitución peruana, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 50.1 inciso n), de la LCE señala como infracción: “*Presentar cuestionamientos malicioso o manifiestamente infundado al pliego de absolución de consultas y/u observaciones*”¹²⁵; utilizando dos términos ambiguos o indeterminados, abriendo la posibilidad de que la potestad discrecional pueda interpretar o utilizar subjetivamente la palabra “malicioso” o “manifiestamente infundado” sin que se les haya otorgado un sentido de interpretación dentro de la Ley o del Reglamento, siendo ello muy riesgoso pues estamos ante la limitación o restricción de derechos que tiene el administrado.

Siendo así, la Administración puede realizar o incluso generar una afectación a derechos como el debido proceso, derecho a la motivación, seguridad jurídica, predictibilidad o transgrediendo los principios generales de la LCE como el principio de transparencia, razonabilidad, legalidad, entre otros al estar facultada para interpretar términos muy amplios o jurídicamente indeterminados y aplicar una sanción que limite derechos del administrado.

Al existir normas jurídicas que contienen un concepto jurídico indeterminado en su supuesto de hecho y una habilitación para decidir discrecionalmente en el plano de las consecuencias jurídicas, es necesario entender su distinción:

[Es en estas condiciones cuando aparecen] *“las cláusulas generales, los conceptos jurídicos indeterminados y las habilitaciones a favor de la Administración con poderes discrecionales, como medios cotidianos de cubrimiento de los no pocos requerimientos de regulación en varios sectores de la realidad; en todos los casos, al menos desde grandes marcos generales*

¹²⁵ Decreto Legislativo N° 1341 *Op.cit.*

en los que se fijan las modalidades de actuación, límites, vinculación a los derechos de los administrados y fines; elementos que por cierto, jamás deben ser dejados en la mano subjetiva del poder público (de la Administración), porque, allí sí que, -bajo la desnuda voluntad de este- se pondría en serio riesgo la esencia limitadora del Estado de Derecho y del principio de legalidad¹²⁶.

Con ello no quiero decir que no deberían existir términos jurídicos indeterminados, o que se deberían erradicar de todo el ordenamiento jurídico, tampoco que la administración encargada de las contrataciones no pueda hacer uso de la discrecionalidad que se le ha otorgado, sino que este artículo es restrictivo de derechos y por lo tanto debería ser claro, debido a que nos encontramos con términos tan amplios de interpretación que quedan al libre albedrío de la Autoridad Administrativa que se encuentre en ese momento.

Esta situación generaría una afectación a los derechos de los administrados –en este caso los contratistas- quienes, al no tener seguridad jurídica de que la Administración aplicará bajo los mismos términos las normas administrativas, estarán en incertidumbre al momento de cuestionar el pliego de absoluciones, debido a que no tienen la certeza de cómo se interpretará en sus casos los términos “Malicioso” o “Manifiestamente Infundado” recogidos como infracción en el artículo 50°.1 inciso n), de la LCE. Por lo tanto, se podría interpretar como límite o un freno al ejercicio del derecho de los contratistas –postores- a poder cuestionar el pliego de absolución; lo que no tendría que ser así, sino por el contrario el Estado debería brindar condiciones favorables para que los derechos se ejerciten.

Sin embargo, de los dos términos en cuestión que se encuentran en el presente artículo, considero que la infracción pasible de sanciones “presentar cuestionamientos ‘malicioso’ al pliego de absolución de consultas”, por ser más ajustable a derecho o pasible de controlar que los términos ‘manifiestamente infundado’. Estos supondrían dar un contenido de fondo, por lo que si el

¹²⁶ RODRIGUES- ARANA MUÑOZ, Jaime. ¿Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo?, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 67. Agosto 2011, 207-229. [Ubicado el 2.III.2018]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991/3516>

administrado ignora realmente lo que hay de fondo cómo calificará la Administración si el administrado presenta una solicitud infundada.

Por lo que, al estar en un régimen de sanciones donde hay una norma limitativa de derechos, el término más idóneo que debería mantenerse es 'malicioso' a pesar de ser un término jurídico indeterminado, pero no el término 'infundado' porque este último colinda más con la arbitrariedad, siendo así, al optar por mantener el término malicioso se tiene que explicar el sentido o alcance de su interpretación por parte de la Administración en el Reglamento.

El presente proyecto de ley tiene por objeto modificar el artículo 50°.1. Inc. n) de la LCE, pues su redacción actual y literal presenta conceptos jurídicos indeterminados para ser interpretados por la potestad discrecional que se le otorga a la Administración, debido a que no se le ha dado ningún contorno o desarrollo a dichos conceptos y al encontrarse dichos términos en el acápite de las sanciones e infracciones, se corre el riesgo de restringir derechos sin que se una seguridad jurídica para los postores, existiendo la posibilidad de tener dos pliegos de absolución de consultas muy parecidos y que a uno se le califique como malicioso o infundado y al otro no siendo ambos muy similares.

Por esta razón es necesario proponer una modificación del artículo, en el sentido de que aquella establezca una sanción clara donde existan parámetros determinantes que deje sin lugar a duda la aplicación de la sanción y por lo tal se cumpla con el debido procedimiento administrativo.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto no contradice lo que la Constitución Política del Perú establece ni colisiona con la legislación vigente de la LCE, se encuentra en conformidad con el ordenamiento jurídico; el artículo 50°.1 inciso N) de la LCE.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La propuesta de modificar el contenido del artículo bajo análisis, no tiene ningún gasto para el tesoro público, por el contrario, dotará de claridad y efectividad la norma dentro de la Contrataciones del estado protegiendo al Administrado de la potestad discrecional que puede transformarse en una arbitrariedad por parte de la Administración Pública al ser una norma limitativa de derechos.

FÓRMULA LEGAL

Ley que modifica el artículo 50°.1 inciso N) de la Ley N°30225 Ley de Contrataciones del estado.

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente ley, busca garantizar el debido procedimiento administrativo en el proceso de contrataciones del estado, dentro del cual se encuentra el principio de participación que tiene reconocido el administrado para que pueda ejercer sus derechos como el de hacer uso del pliego de absolución de consultas cuando tenga la necesidad de que se le esclarezca determinadas situaciones, sin que ello suponga una sanción o restricción de sus derechos por la mala praxis de la potestad discrecional.

Artículo 2.- Modifíquese el artículo 50°.1 inciso N) de la Ley N°30225 ley de Contrataciones del estado, debiendo quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 50.1 inc. N.- “Presentar cuestionamientos maliciosos al pliego de absolución de consultas y/u observaciones”.

CONCLUSIONES

1. Dentro de la Ley de Contrataciones del estado, es imprescindible que el ejercicio de impugnación o petición que tiene reconocido el administrado aclarar, observar o impugnar las bases de la contratación pública, debe encontrarse garantizado porque es fundamental que exista una exigencia legal para alcanzar transparencia en el proceso de selección de contrataciones y no crear desigualdades entre los postores.

2. No hay discrecionalidad cuando se realiza un acto irrazonable, injusto, sin motivación. Por el contrario existe una arbitrariedad la que se caracteriza por ser un acto contrario al derecho, que carece de fundamento alguno. Por lo tanto las potestades discrecionales suponen una cuota de libertad pero fundada en la realización de un juicio que tenga una explicación, una motivación idónea.

3. Los términos jurídicos indeterminados no causan perjuicio o ponen trabas por el simple hecho de encontrarse en las normas, sino que entorpecen el debido procedimiento administrativo al encontrarse estos términos en el régimen de infracciones y sanciones debido a que se trata de una norma que es restrictiva de derechos y da una amplia posibilidad a la subjetividad al utilizar la potestad discrecional para la interpretación de estos términos.

4. Los términos 'Malicioso' o 'Manifiestamente infundado' necesita ser desarrollados o aclarados, pues dan la posibilidad de generar varias alternativas a través de los diversos significados que se puede desentrañar de dichos conceptos indeterminados a la luz de la consonancia con la realidad, teniendo en cuenta la teoría de los diversos usos del lenguaje. Así resulta muy riesgoso que estos términos indeterminados se encuentren en una norma que tipifica una infracción porque esta debe ser objetiva y clara, además se ubican dentro de la interpretación que puede realizar la Administración pública a través de las potestades discrecionales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ANACLETO GUERRERO, Víctor. *Guía de Procedimientos Administrativos. Guía Teórico Práctico para operadores y usuarios de la Administración Pública*, Lima, Gaceta Jurídicas, 2004.
2. ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 2° ed, Barcelona, Ariel, 2003. GARCIA MÁYNER, Eduardo. *Lógica del concepto jurídico*, México, Fondo de Cultura Económica. 2003.
3. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo, legislación Administrativa Argentina*, 4° ed, Tomo II, Buenos Aires, EL ATENEO, 1947.
4. BOZA, Beatriz y CHOCANO, Christian. Ámbitos de responsabilidad en el ejercicio de la abogacía: la sanción disciplinaria. En: Exposición de Motivos del Proyecto de código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho. Lima, Thermis, 2005.
5. CASSAGNE, Juan. *Derecho Administrativo*. Tomo II, Perú, Palestra Editores, 2010.
6. DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico. (Construcción teórica y análisis jurisprudencial)*. Pamplona, Aranzadi, 1997.
7. FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomas. *De la Arbitrariedad de la Administración*, Pamplona, Civitas Ediciones, 2008.
8. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Lima, Palestra Editores, 2006.

9. IVANEGA, Miriam. *Principios de la Administración Pública*, Buenos Aires, ABACO, 2005.
10. MORAGA KLENNER, Claudio. *Tratado de Derecho Administrativo, La actividad formal de la administración del Estado*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.
11. MORAGA, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago. Chile, Editorial Jurídica de, 2007.
12. MORON URBINA, Juan Carlos. “*Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*”, 11° edición. Lima, Gaceta Jurídica, 2015.
13. MORON URBINA, Juan. “*Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N°27444*”. 13°ed, Tomo I, Perú, Gaceta Jurídica, 2018.
14. NAVAJAS RONDÓN, Carlos. *La potestad Sancionadora en las Contrataciones Públicas. Ley de Contrataciones del Estado y Reglamento*, 2° ed, Lima, Editorial San Marco, 2010.
15. SANCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, 1° ed, Madrid, Tecnos, 1995.
16. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *En Principios de Derecho Administrativo, Vol I*, 3° ed, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 2000. p.237.
17. SANTOS LOYOLA, Carlos, *Las Bases Constitucionales de la eficiencia en la contratación administrativa en el Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Lima, GRIJLEY, 2008.
18. SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Los principios en el Derecho Administrativo*, Mendoza, Ediciones Diké, 2000.
19. SAYAGUES LAZO, Enrique; *La Licitación Pública*, Montevideo, Peña & Cia Impresores, 1940.
20. TAMAYO YAÑEZ, Sergio. *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional*, 1°ed, Lima, ARA Editores, 2009.
21. VALDIVIA DELGADO, César. “*Manual de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado*”, 1° ed, Perú, Entrelíneas S.R. Ltda. 2004.

LIBROS TRADUCIDOS

22. HARTMUT MAURER. *Derecho Administrativo Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménica Pascual, Madrid, MARCIAL PONS, 2011.

23. KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Traducido por Roberto J. Vernengo, 2ª ed, México, UNAM, 1986. p.153. [ubicado 1. IV. 2018]. Obtenido en <file:///C:/Users/pc/Downloads/dos-conceptos-de-discrecionalidad-juridica-0.pdf>.

MAESTRÍA

24. DIEZ HERNÁNDEZ, Sandro. *Estructuras de las Redes de Corrupción en los procesos de selección de obras públicas en el sector de Transportes y Comunicaciones entre los años 2005- 2010*. Maestría en Ciencia Política con mención en Gerencia Pública, Lima, P.U.C.P, 2012.

ARTÍCULOS PUBLICADOS EN OBRAS COLECTIVAS O ENCICLOPEDIA

25. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Apuntes sobre el Funcionamiento de la Contratación Pública en el Perú” en *Tendencias Actuales en Contratación Pública*, 1º ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2014.
26. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El Derecho Administrativo Global: un derecho principal” en “*Derecho Administrativo. Perspectivas Contemporáneas*”. México, Porrúa, 2010.

REVISTA

27. BACA ONETO, Víctor. “La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia Del tribunal Constitucional Peruano”, *Círculo de Derecho Administrativo*, N° 11, marzo 2012.
28. BULLINGER, Martín, “La discrecionalidad de la administración pública: Evolución, funciones, control judicial”, en *la Ley*, N°4, 1987.
29. CALVO ORTEGA. Rafael. “Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero” *Hacienda Pública Española*, N° 1, 1970.
30. COMANDUCCI, Paolo. “Principio jurídicos e indeterminados del Derecho”, *Doxa*, N°21-II, 1998,
31. GARCÍA TREVIJANO, José. “Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso Administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente”, *Revista de Administración Pública*, N°38 1962.
32. LIFANTA VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” *DOXA*, N° 25, 2002, pp. 422- 424. [ubicado 5. III. 2018]. Obtenido en <http://hdl.handle.net/10045/10148>.
33. MARTIN TIRADO, Richard. “El ejercicio de la potestad sancionadora de CONSUCODE y los límites formales para la aplicación del recurso de reconsideración”. *Derecho & Sociedad*. N° 23. 2004.

34. MESQUIDA, Joan, “El concepto de Discrecionalidad y su control”, *Universidad de las Illes Balears (España)*. Vol 37, 2003.
35. QUARANTA, Pablo. “La discrecionalidad administrativa y el contencioso administrativo. Hacia un control judicial suficiente” en *Revista de Investigación Jurídica IUS*, N°8, agosto-diciembre 2014, pp.75-92. [Ubicado 2. IV. 2018] Obtenido en https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdictions:PE+content_type:4/La+discrecionalidad+administrativa/PE/vid/708195625/graphical_version en https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdictions:PE+content_type:4/La+discrecionalidad+administrativa/PE/vid/708195625/graphical_version
36. REDONDO, María. “Teoría del Derecho e indeterminación comprensiva”, en *Doxa*, N° 20, 1997.
37. RODRIGUES- ARANA MUÑOZ, Jaime. ¿Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo?, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 67. Agosto 2011, 207. [Ubicado el 2.III.2018]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991/3516>.
38. RUBIO SALCEDO, César. “Revisión de la Potestad Sancionadora en Contratación Pública: A propósito del Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado”, *Derecho & Sociedad* N°44, junio, 2015, p.366-378
39. SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. “Las Formas jurídicas Administrativas y la Contratación Públicas sobre Bienes, Servicios y Obras” *Circulo de Derecho Administrativo*, N°7, 2009.
40. VILLEGAS ESTREMADOYRO, Luis. “Evolución Histórica del Derecho Administrativo Peruano”, *República Jurídica Administrativa. Revista estudiantil de Derecho Administrativo Hispanoamericano*, N° 2, julio – diciembre 2010, pp.49-58. [Ubicado 25. III. 2018]. Obtenido en <file:///C:/Users/pc/Downloads/424-391-1-PB.pdf>

RECURSOS ELECTRÓNICOS

41. MORÓN URBINA, Juan. *Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas*, 2017 [Ubicado el 30.VI 2006]. Obtenido en: <http://vlex.com/vid/inspiradores-oacute-aplicaciones-aacute-76747866>
42. OSCE. *Área usuaria, Órgano encargado de las contrataciones y Comité especial 2014*. [Ubicado el 28.XI 2014] Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap3_m2.pdf
43. OSCE. *Importancia e incidencia del estudio de posibilidades que ofrece el mercado y del resumen ejecutivo en los procesos de contrataciones a cargo de las Entidades públicas. 2014*. [ubicado el 25.XI 2014] Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m3_prov.pdf

44. OSCE. *Informe Anual de Contrataciones Públicas 2016 (actualización a setiembre de 2017)*. Oficina de Estudios e Inteligencia de Negocios. 2017 [ubicado el 8.IV 2018]. Obtenido en <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Reporte%20Definitivo%202020>.
45. OSCE. *Informe Anual de Contrataciones Públicas 2016 (actualización a setiembre de 2017)*. Oficina de Estudios e Inteligencia de Negocios. 2017 [ubicado el 8.IV 2018]. Obtenido en <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Reporte%20Definitivo%202020>.
46. OSCE [ubicado el 25. V. 2018]. Obtenido en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/aspectos-generales-del-seace>
47. Real Academia Española. [Ubicado 20.VII.2018]. Obtenido en <http://www.rae.es/>
48. VENTURA, Karen; REYNA, Luis Miguel. *Los servicios públicos en el Perú: Una visión preliminar*. 2013. [Ubicado el 2.VIII 2016]. Obtenido en: <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wpcontent/uploads/2013/08/Servicios-P%C3%BAblicos-en-el-Per%C3%BA-UNAM.pdf>
49. Acta de Absolución de Consultas y Observaciones del Proceso de Selección N° 002-2018-CE-MPE/Ley N°29230 de fecha 20 de febrero del 2018 Observación N°8 [Ubicado 8.V.2018]. obtenido en https://www.obrasporimpuestos.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PROYECTOS_EN_EJECUCION_SUPERVISORA/file/empresa%20supervisora/MP%20Espina/2174300/CIRCULAR%20N%C2%BA%20002-2018-%20DEL%20PROCESO%20DE%20SELECCI%C3%93N%20N%C2%B0%2002-2018-CE-MPE%20%20ABSOLUCI%C3%93N%20DE%20CONSULTAS%20Y%20OBSERVACIONES.pdf

REFERENCIA A UNA JURISPRUDENCIA

50. Pronunciamiento del 26 de mayo de 2016. {N° 125 - 2016/OSCE-DGR DE ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO}, Observación N° 3
51. STC del 17 Julio del 1998 (Expediente N° 974-96-HC/TC), considerando número 3. [Ubicado el 11.V.2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00974-1996-HC.html>
52. STC del 16 de Abril de 2003. {Expediente N°2050-2002-AA/TC} Considerando número 8 segundo párrafo [Ubicado el 04.III.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>.

53. STC del 11 de noviembre del 2003 {Expediente número 0008-2003 AI/TC}, considerando número 12. [Ubicado el 4.IV.2018]. Obtenido en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/DBFBAFE06F92A529052578F1005A06C9/\\$FILE/5_00008-2003-AI.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/DBFBAFE06F92A529052578F1005A06C9/$FILE/5_00008-2003-AI.pdf).
54. STC del 5 de julio del 2004. {Expediente número 0090-2004-AA/TC}. Considerando número 11 [Ubicado el 17.IV.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
55. STC del 03 de Agosto de 2004 {Expediente N° 1654-2004-AA/TC}. Considerando 2 [Ubicado el 20.III.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01654-2004-AA.html>.
56. STC del 11 de Octubre del 2004. {Expediente número 2192-2004 AA/TC}. Fundamento número 4. [Ubicado el 05.IV.2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>.

NORMA JURÍDICA

57. Constitución Política del Perú de 1993
58. Decreto Legislativo N° 1341 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado; publicado en *El Peruano* el 07 de enero de 2017.
59. Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444.
60. Ley de contrataciones del estado N° 30225.
61. Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1341 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado; publicado en *El Peruano* el 03 de abril de 2017; reproducido en *Agenda Magna* en la misma fecha.
62. DIRECTIVA N° 004-2017-OSCE/CD “Acciones de supervisión a pedido de parte”
63. DIRECTIVA N° 023-2016-OSCE/CD “Disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones”.
64. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario jurídico mexicano, Tomo III, México, UNAM, 1996,