

LAS IMPUGNACIONES EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO.

Luis Alberto Gavidia Morachimo*

El 01 de febrero del 2009 entró en vigencia la nueva Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; así como el nuevo Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), antes CONSUCODE¹. Con la entrada en vigencia de la citada normativa, se derogó la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento, vigente en nuestro ordenamiento por una década, aproximadamente.

Como se puede observar de las disposiciones de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la NLCE, ésta trae varias innovaciones en el régimen de contratación estatal, siendo algunas de las principales las referidas a la solicitud de elevación de observaciones a las Bases, tanto al Titular de la Entidad como al OSCE, así como las impugnaciones administrativas en el desarrollo del proceso de selección. Sobre este último aspecto de la nueva normativa es que se centrará el presente artículo, mostrando qué actos son impugnables, la competencia por razón de la cuantía para resolver los recursos, el trámite del recurso impugnativo, la garantía por la presentación de la impugnación, el desistimiento, entre otros importantes temas que consideramos debe conocer todo operador de la NLCE, sea privado o público.

ANTECEDENTES

Toda vez que la finalidad del presente trabajo no es hacer un estudio histórico de los muchos antecedentes normativos que tiene el nuevo régimen de impugnaciones en la NLCE, bastaría con indicar que a lo largo de la vigencia de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, se ha variado constantemente las disposiciones referidas a la solución de controversias, de tal forma que en un momento se establecía una doble instancia administrativa, ya que se interponía recurso de apelación ante la Entidad y luego, contra dicha decisión, recurso de revisión ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Posteriormente, se restringió la posibilidad que los procesos menores, llámense menores cuantías y adjudicaciones

-
- Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Bachiller en Administración por la Universidad Nacional Federico Villareal. Maestría en Derecho de la Empresa por la UNMSM. Especialización en Gestión Pública por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Especialista en Contrataciones con el Estado y Gestión Pública.

¹ De conformidad con lo dispuesto por el Decreto de Urgencia N° 014-2009, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de enero de 2009.

directas, lleguen a ser conocidos por el Tribunal mediante recurso de revisión, agotándose la vía administrativa en estos tipos de procesos con la resolución de la Entidad que resolvía el recurso de apelación.

Merece la pena detenernos en el antecedente más reciente en cuanto a la solución de controversias durante el proceso de selección. Al respecto, mediante Ley N° 28911, que modificó, entre otros, el artículo 54 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se dispuso que las discrepancias que surjan entre las Entidades y los postores de un proceso de selección, solamente podrían dar lugar a la interposición del recurso de apelación, el cual se interponía directamente ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y solamente luego de haberse otorgado la buena pro. La vía administrativa se agotaba con la resolución emitida por el Tribunal. En este sentido, en este régimen de impugnaciones, solamente existía una única instancia resolutoria, y sólo era posible interponer un recurso, el de apelación, el cual debía presentarse directamente ante el Tribunal, por lo que las Entidades ya no tenían competencia para resolver recursos administrativos en materia de contratación pública. Como consecuencia de la aplicación de este esquema legal, todos los tipos de procesos de selección, sin importar su cuantía, eran impugnados ante el Tribunal, desde una menor cuantía hasta una licitación pública, recibiendo el mismo trato y demorando el mismo tiempo para su resolución, ello atendiendo a que la normativa no contempló un trato diferenciado según tipo de proceso, además de la elevada carga procesal que soporta dicho Tribunal.

El esquema de impugnaciones mencionado en el párrafo anterior se seguirá aplicando, consideramos, por unos meses más, toda vez que resulta aplicable a todas las controversias que surjan en los procesos de selección que se convocaron hasta el 31 de enero del presente año. La NLCE se encuentra vigente desde el 01 de febrero del 2009, así como el nuevo régimen de impugnaciones, y se aplica a los procesos que se convoquen desde dicha fecha.

EL RECURSO DE APELACION.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la NLCE, las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un proceso de selección, solamente podrán dar lugar a la interposición del recurso de apelación. En este sentido, se puede observar que ya no resulta aplicable el recurso de revisión en materia de contrataciones con el Estado. Por lo tanto, el único recurso administrativo que resulta aplicable en esta materia es el de apelación.

Mediante el recurso de apelación se impugnan los actos emitidos durante el desarrollo del proceso de selección, desde la convocatoria hasta aquellos emitidos antes de la celebración del contrato. Debe tenerse presente que luego de celebrado el contrato respectivo, ya no resultan aplicables los recursos administrativos para solucionar las controversias que surjan entre la Entidad y su contratista, dichas controversias deben ser solucionadas a través de la conciliación o el arbitraje, conforme lo dispone el artículo 52 de la NLCE.

AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER EL RECURSO

Como veíamos en los antecedentes reseñados líneas arriba, hasta el 31 de enero de 2009 existía un régimen en el que solamente era posible interponer el recurso de apelación. Dicho esquema se mantiene en la NLCE, como lo hemos indicado. Sin embargo, en la anterior normativa, dicho recurso se interponía directamente y sólo ante el Tribunal, sin importar el tipo de proceso del cual derivaba la controversia. En la NLCE dicho esquema ha cambiado sustancialmente, ya que si bien sólo se puede interponer el recurso de apelación, éste se presentará ante el Titular de la Entidad o ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, dependiendo de la cuantía del valor referencial del proceso de selección que se impugna.

En este orden de ideas, en la NLCE y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo RLCE, se indica que en aquellos procesos de selección cuyo valor referencial no supere las seiscientas unidades impositivas tributarias (600 UIT), el recurso de apelación se presenta ante la Entidad que convocó el proceso de selección del cual deriva la controversia. En estos casos, el recurso de apelación será de conocimiento del Titular de la Entidad, quien deberá resolverlo. En caso que el valor referencial del proceso de selección sea igual o superior a seiscientas unidades impositivas tributarias (600 UIT), el recurso de apelación se presenta ante y es resuelto por el Tribunal.

Teniendo en cuenta el monto del valor referencial que debe tener un proceso de selección para poder recurrir al Tribunal, se puede concluir que solamente se podrán impugnar ante esta autoridad procesos correspondientes a licitaciones públicas o concursos públicos que sobrepasen los S/. 2'130,000.00; el resto de procesos de menor monto, como adjudicaciones directas y de menor cuantía, sólo se podrán impugnar ante la misma Entidad y serán de conocimiento de su Titular, y ya no podrán ser de conocimiento del Tribunal.

Como se ve, se ha devuelto la competencia a las Entidades para resolver recursos de apelación y decidir sobre los procesos de selección que convoquen. Esta disposición de la NLCE ha generado diversas reacciones en los sectores involucrados en la aplicación de la norma. Por un lado, se indica que las Entidades se estarían volviendo juez y parte, ya que ellas mismas revisarían los actos emitidos por sus comités especiales, además de indicarse que muchas Entidades no contarían con cuadros calificados para resolver recursos de apelación en esta materia especializada. En contraparte, se ha manifestado que este planteamiento reduciría el tiempo en los procesos de selección, muchas veces demorados por las impugnaciones que se interponían ante el Tribunal, especialmente en los denominados procesos menores.

Como podemos observar, en el nuevo régimen de impugnaciones de la NLCE y su Reglamento, la autoridad competente para resolver el recurso de apelación dependerá de la cuantía del valor referencial del proceso de selección impugnado, pudiendo ser el titular de la Entidad o el Tribunal, lo cual debe ser estrictamente observado tanto por los

operadores públicos como privados, a efectos de ejercer correctamente su competencia, los primeros, y evitar la improcedencia de sus recursos, los segundos².

Ahora bien, si la regla enunciada resulta meridianamente clara para procesos de selección con ítem único, ya que dependerá si el valor referencial supera o no las 600 UIT, la interrogante que surge es quién resulta competente para conocer los procesos de selección convocados según relación de ítems. Nos explicamos, puede darse el caso que se convoque una licitación pública según relación de ítems cuyo valor referencial supere las 600 UIT, sin embargo, los ítems que la conforman tienen valores referenciales que no superan dicho monto. Si impugno uno de dichos ítems, ante quién debo hacerlo, ante el Titular de la Entidad ya que el valor referencial del ítem no supera las 600 UIT, o debo hacerlo ante el Tribunal, ya que el valor referencial total del proceso si supera dicho monto.

Felizmente, el RLCE ha previsto esta disyuntiva, y ha dispuesto que en los procesos de selección según relación de ítems, el valor referencial total del proceso determinará ante quien se presentará el recurso de apelación. Es decir, en nuestro ejemplo, corresponderá presentar el recurso impugnativo ante el Tribunal, ya que el valor referencial de la licitación pública sí superaba las 600 UIT, sin importar si el ítem que impugno supere dicho valor.

Por otro lado, se ha establecido una excepción a la regla de la cuantía que hemos venido desarrollando. El tercer párrafo del artículo 104 del RLCE nos señala que con independencia del valor referencial del proceso de selección, los actos emitidos por el Titular de la Entidad que declaren la nulidad de oficio o cancelen el proceso podrán impugnarse ante el Tribunal. ¿Qué nos quiere decir esta disposición? Simplemente que sin importar el tipo de proceso, es decir, se trate de una menor cuantía o de una licitación pública, si el Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad del proceso, dicho acto administrativo puede ser impugnado directamente al Tribunal. Consideramos acertada esta decisión del legislador de permitir que las nulidades de oficio puedan ser revisadas por el Tribunal, pues lo contrario hubiera significado indefensión para los postores, ya que al ser las nulidades de oficio emitidas por el Titular de la Entidad no habría la posibilidad de apelarlas ante él mismo.

Cuadro N° 01: Competencia para resolver los recursos de apelación

Monto del Valor Referencial del Proceso Impugnado	Autoridad Competente para resolver los Recursos de Apelación
Menor a 600 UIT	Titular de la Entidad

² De conformidad con el numeral 1) del artículo 111 del RLCE, el recurso de apelación será declarado improcedente cuando la Entidad o el Tribunal carezca de competencia para resolverlo.

Mayor o Igual a 600 UIT	Tribunal de Contrataciones del Estado
-------------------------	---------------------------------------

ACTOS IMPUGNABLES E INIMPUGNABLES

Conforme lo señala el artículo 105 del RLCE, son impugnables los actos dictados por el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, durante el desarrollo del proceso de selección. Dentro de este supuesto, los actos típicamente impugnables son las descalificaciones de las propuestas, técnica o económica, y el otorgamiento de la buena pro.

Asimismo, son impugnables los actos expedidos luego de haberse otorgado la buena pro y hasta antes de la celebración del contrato. En este supuesto, las impugnaciones más recurrentes están referidas a la negativa de la Entidad de suscribir el contrato, al considerar que el ganador de la buena pro no cumplió con presentarse dentro del plazo fijado para firmar el contrato o no presentó la documentación solicitada para ello, decisión contra la cual los postores suelen apelar.

Además, el RLCE indica que son impugnables los actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuación del proceso de selección, distintos de aquellos que resuelven recursos de apelación, tales como la nulidad de oficio. Como ya hemos indicado, la impugnación contra este tipo de actos emitidos por el Titular de la Entidad será presentada directamente ante el Tribunal, sin importar la cuantía del proceso de selección del cual derive la controversia.

Por otro lado, el RLCE nos indica que no son impugnables mediante recurso de apelación:

- 1) Las actuaciones y actos preparatorios de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procesos de selección, como por ejemplo el acto mediante el cual se nombra el Comité Especial o la aprobación de las bases del proceso de selección, entre otros;
- 2) Las Bases del proceso de selección y/o su integración. Al respecto, conforme lo ha manifestado el Tribunal en reiterados pronunciamientos, las Bases tienen una naturaleza reglamentaria, y por lo tanto tiene un procedimiento especial para su revisión, como lo es la presentación de consultas y observaciones, mas no deben utilizarse los recursos administrativos para su impugnación:
- 3) Las actuaciones materiales relativas a la programación de los procesos de selección en el SEACE y las referidas a la inscripción de participantes; y,
- 4) Los actos que aprueban la exoneración del proceso de selección.

Un aspecto importante que debe tenerse presente es que de conformidad con lo dispuesto por el literal j) del artículo 51.1 de la NLCE, se considera una infracción interponer recursos impugnativos contra los actos inimpugnables, sancionable con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (01) año ni mayor a tres (03) años. En este sentido, si un postor interpusiera un recurso de apelación contra los actos inimpugnables, indicados líneas arriba, ello acarrearía dos consecuencias. En primer lugar, dicha impugnación se declararía improcedente, con la consecuente ejecución de la garantía presentada como recaudo del recurso; y, en segundo lugar, se iniciaría un procedimiento administrativo sancionador al impugnante ante el Tribunal, con la consecuente sanción administrativa de inhabilitación temporal.

PLAZOS PARA LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION

Con la anterior normativa, existía un único plazo para interponer el recurso de apelación, que era de ocho (08) días hábiles; sin embargo, en el nuevo RLCE se ha establecido dos plazos de impugnación, dependiendo del tipo de proceso de selección del cual derive la controversia, aspecto que desarrollaremos a continuación.

A efectos de computar el plazo para la interposición del recurso de apelación, debe tenerse presente el acto que se desea impugnar, es decir, si lo que se impugna es el otorgamiento de la buena pro o actos anteriores, o si se impugna un acto posterior a dicho otorgamiento.

En el primer supuesto, la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (08) días hábiles siguientes de haberse otorgado la buena pro, tratándose de controversias que deriven de licitaciones públicas o concursos públicos. Este plazo se contará a partir del día siguiente de haberse realizado el acto público de otorgamiento de la buena pro. Para el caso de adjudicaciones directas, sean públicas o selectivas, y menores cuantías, el plazo será de cinco (05) días hábiles de haberse otorgado la buena pro. El plazo se computará desde el día siguiente del acto público de otorgamiento de la buena pro, en el caso de adjudicaciones directas públicas, y desde el día siguiente de notificada la buena pro a través del SEACE, en caso de adjudicaciones directas selectivas y menores cuantías.

Debe observarse que en caso se impugne la buena pro o cualquier acto anterior a ella, como por ejemplo la descalificación de propuestas, el recurso de apelación debe presentarse luego de otorgada la buena pro, ya que impugnar antes que se produzca dicho otorgamiento acarrearía que el recurso presentado se declare improcedente por prematuro, como ya lo ha indicado el Tribunal en sendas resoluciones.

En el segundo supuesto, la apelación contra los actos emitidos con posterioridad al otorgamiento de la buena pro debe interponerse dentro de los ocho (08) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar, siempre que se trate de controversias que deriven de licitaciones y concursos públicos. En el

caso de adjudicaciones directas y menores cuantías, el plazo será de cinco (05) días hábiles de haber tomado conocimiento del acto que se desea impugnar.

Los plazos indicados en los párrafos precedentes resultan aplicables a todo recurso de apelación, sea que se interponga ante la Entidad o ante el Tribunal, según corresponda.

Cuadro N° 02: Plazos para presentar el Recurso de Apelación

Acto Impugnable	Tipo de Proceso de Selección	
	Licitaciones y Concursos Públicos	Adjudicaciones Directas y Menores Cuantías
Otorgamiento de la Buena Pro o actos anteriores a ella.	8 días hábiles	5 días hábiles
Actos posteriores a la Buena Pro.	8 días hábiles	5 días hábiles

EFFECTOS DE LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION

La interposición del recurso de apelación suspende el proceso de selección desde el momento de su presentación, por lo que no puede continuarse con las siguientes etapas de dicho proceso hasta que no se resuelva la impugnación presentada. Si el proceso de selección fue convocado por ítems, tramos, lotes, paquetes o etapas, la suspensión sólo afectará al ítem, tramo, lote, paquete o etapa impugnada.

El efecto que produce la interposición del recurso de apelación es trascendental, y su observancia de sumo importancia, pues la NLCE y su Reglamento, han establecido que son nulos los actos expedidos con infracción a la suspensión indicada. Es decir, si se emitiera algún acto administrativo por parte de la Entidad mientras hay en trámite un recurso de apelación pendiente de resolución, dicho acto es nulo.

Aunado a lo indicado en el párrafo precedente, no sólo los actos administrativos que se emitan mientras el proceso se encuentra suspendido son nulos, además, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del artículo 56 de la NLCE, después de celebrado los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio del contrato cuando se haya suscrito no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.

GARANTIA POR LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION

Un requisito de admisibilidad esencial del recurso de apelación es la presentación de una garantía que respalde dicha impugnación. Esta garantía tiene como finalidad evitar que se presenten impugnaciones temerarias, manifiestamente infundadas, o con el único ánimo de dilatar los procesos de selección.

Este es uno de los extremos que más ha variado en relación a la anterior normativa. Con la anterior Ley, la garantía por interposición del recurso de apelación equivalía al uno por ciento (1%) del valor referencial del proceso de selección impugnado, y nunca podría ser menor al 25% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente. Sin embargo, dichos montos se han elevado ostensiblemente en la NLCE, como veremos a continuación.

De conformidad con el artículo 53 de la NLCE, la garantía deberá ser otorgada a favor de la Entidad o del OSCE, según corresponda, por una suma equivalente al tres por ciento (3%) del valor referencial del proceso de selección impugnado. Si el proceso ha sido convocado según relación de ítems, etapas, tramos, lotes y paquetes, el monto de la garantía será equivalente al tres por ciento (3%) del valor referencial del respectivo ítem, etapa, tramo, lote o paquete. Ahora bien, en ningún caso la garantía a presentar puede ser menor al cincuenta por ciento (50%) de la UIT vigente.

Las garantías deben cumplir con ciertas características, como ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la Entidad o del OSCE, según corresponda, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva de Perú. En este sentido, la garantía por excelencia es la carta fianza, que es emitida por las entidades bancarias. Además, la garantía también podrá consistir en un depósito en la cuenta corriente de la Entidad o del OSCE, según corresponda.

Además de las características señaladas en el párrafo anterior, las garantías deben cumplir con tener un plazo de vigencia mínimo, diferenciándose dicho plazo sea que la impugnación se presente ante la Entidad o ante el Tribunal. En este sentido, en caso el recurso se presente ante la Entidad, la garantía deberá tener un plazo mínimo de vigencia de veinte (20) días calendarios; de presentarse ante el Tribunal, la garantía deberá tener un plazo mínimo de treinta (30) días calendario. Las garantías deben ser renovadas hasta el momento en que se agote la vía administrativa, es decir, hasta que se emita la resolución que resuelve el recurso, siendo obligación del impugnante realizar dichas renovaciones en forma oportuna, por lo que no es necesario que la Entidad o el Tribunal requiera al impugnante la renovación de su garantía, ya que es obligación de éste estar atento de la fecha de vencimiento de la misma y presentar oportunamente la renovación. La renovación oportuna de la garantía es sumamente importante, pues en el supuesto que la garantía no fuese renovada hasta la fecha consignada como vencimiento de la misma, se considerará el recurso como no presentado, dando por concluido el procedimiento.

RECURSO DE APELACION ANTE LA ENTIDAD

Como hemos indicado, el recurso de apelación se presentará ante la Entidad cuando el valor referencial del proceso de selección impugnado sea inferior a 600 UIT, y será

resuelto por su Titular. Sin embargo, esta facultad de resolver los recursos de apelación puede ser delegada mediante resolución expresa, sin que en ningún caso dicha delegación pueda recaer en los miembros del Comité Especial o en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, según corresponda. Asimismo, debe tenerse presente que la facultad de declarar la nulidad de oficio del proceso de selección no puede ser delegada, conforme a lo indicado en el segundo párrafo del artículo 5 de la NLCE, por lo que si lo que corresponde es declarar de oficio una nulidad, ésta deberá ser declarada por el Titular de la Entidad.

Ahora bien, resulta importante explicar, aunque de una forma breve, el trámite que debe seguir la Entidad para resolver los recursos de apelación que se presenten. En este sentido, el trámite es el siguiente:

- a) En caso se presenten dos o más recursos de apelación respecto del mismo proceso de selección o ítem, la Entidad podrá acumularlos, para resolverlos de forma conjunta, y de esta forma evitar posibles pronunciamientos contradictorios, claro está, siempre que los expedientes a acumular guarden conexión. El RLCE nos señala que el plazo para resolver dichos recursos acumulados será el plazo del último recurso interpuesto o subsanado, la cual nos parece una disposición acertada, pues de lo contrario se hubiera acortado el tiempo que tiene la Entidad para emitir válidamente su resolución.
- b) La Entidad deberá correr traslado de la apelación al postor o postores que pudiesen resultar afectados con la resolución a emitirse, dentro del plazo de dos (02) días hábiles contados desde la presentación del recurso o desde su subsanación. Por ejemplo, si un postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación impugna la buena pro, la Entidad se encuentra en la obligación de correr traslado del recurso al postor a quien se le adjudicó la buena pro.
- c) El postor o postores emplazados podrán absolver el traslado del recurso en un plazo no mayor a tres (03) días hábiles. Es decir, en el ejemplo que hemos propuesto, el ganador de la buena pro tiene tres días hábiles, luego de notificado con el recurso, para absolver la impugnación, exponiendo lo necesario para desvirtuar lo expuesto por el apelante, ejerciendo de este modo su derecho de defensa. Además, el postor que absuelve la impugnación también puede proponer hechos nuevos, es decir, puede válidamente cuestionar la propuesta del impugnante, aportando los medios probatorios necesarios para ello.

De no presentarse la absolución de la apelación por los postores emplazados, la Entidad igual deberá resolver el recurso con la documentación obrante en su poder.

Un aspecto que es novedoso en el nuevo RLCE, es que al interponer el recurso o al absolverlo, el impugnante o los postores emplazados podrán solicitar el uso de la palabra, lo cual deberá efectuarse dentro de los tres días hábiles siguientes de culminado el plazo para la absolución del traslado del recurso de apelación. En

este sentido, de conformidad con esta disposición, de pedirlo alguno de los postores intervinientes en el procedimiento de impugnación, la Entidad deberá convocar una audiencia pública de informes orales, a efectos que las partes hagan uso de su derecho de defensa. Sin embargo, el RLCE no indica si la Entidad de oficio podría convocar a una audiencia pública antes de resolver el recurso. Al respecto, consideramos que no existiría impedimento para que previamente a resolver el recurso, y dentro del plazo indicado líneas arriba, el Titular de la Entidad convoque a las partes a una audiencia pública, a efectos de ilustrarse sobre el tema materia de controversia, y así contar con mayores elementos de juicio que le formen convicción al resolver.

- d) El Titular de la Entidad, o quien tenga atribuida la facultad por delegación, debe resolver y notificar su decisión a través del SEACE en un plazo no mayor de doce (12) días hábiles, contados desde la presentación del recurso de apelación o de su subsanación, de ser el caso. Además, el RLCE nos señala que afectos de resolver el recurso, el Titular de la Entidad deberá contar con un informe técnico legal sobre la impugnación, emitido por las áreas correspondientes de la Entidad, sin indicar específicamente qué áreas deben emitir dichos informes, por lo que dependerá de la organización interna de cada Entidad determinar las áreas competentes para emitir los mencionados informes. Sin embargo, el RLCE sí indica que dichos informes no pueden ser emitidos por el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, según sea el caso.
- e) Cuando la Entidad no resuelva y notifique su resolución a través del SEACE dentro del plazo de doce (12) días hábiles, contados desde la presentación del recurso o su subsanación, operará la denegatoria ficta de la apelación, por lo que el apelante deberá asumir que su recurso ha sido denegado a efectos de la interposición de la demanda contencioso administrativa. Cabe recordar que la omisión de resolver y notificar la decisión que resuelve el recurso de apelación dentro del plazo establecido, genera responsabilidad funcional del Titular de la Entidad y del funcionario a quien se hubiese delegado la función de resolver, como lo señala el artículo 115 del RLCE.
- f) La resolución de la Entidad que resuelve el recurso de apelación, o la denegatoria ficta, de ser el caso, agotan la vía administrativa, por lo que no cabe la interposición de recurso administrativo alguno contra dicha decisión, sólo cabe interponer un demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial dentro de los plazos fijados en la ley de la materia; sin embargo, dicha demanda no suspense lo resuelto por la Entidad.

RECURSO DE APELACION ANTE EL TRIBUNAL

Atendiendo al objeto de este trabajo, resulta importante exponer, de forma sucinta, el trámite que debe seguir el Tribunal para resolver los recursos de apelación que se presenten. El trámite es el siguiente:

- a) En caso se interpongan dos o más recursos respecto de un mismo proceso de selección o ítem, el Tribunal procederá a acumularlos a fin de resolver de forma conjunta en una sola resolución, sin que sea necesario para ello que exista identidad del acto impugnado, es decir, una apelación puede ser contra la buena pro y otra contra la descalificación de propuestas.
- b) Admitido el recurso, el Tribunal correrá traslado a la Entidad que emitió el acto impugnado, requiriéndole la remisión del expediente de contratación completo. La Entidad, una vez que recibe la notificación del Tribunal, debe notificar con el decreto que admite a trámite el recurso al postor o postores, distintos del apelante, que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal.
- c) Desde la fecha que la Entidad recibe el traslado del recurso, tiene un plazo de tres (03) días hábiles para remitir al Tribunal el expediente de contratación completo, el cual deberá incluir las propuestas de todos los postores que participaron en el proceso de selección impugnado. Asimismo, deberá remitir un informe técnico legal mediante el cual se manifieste la posición de la Entidad frente a la apelación presentada. Además, deberá remitir el cargo de notificación a los postores que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal.

Es sumamente importante que las Entidades observen y den cumplimiento a lo expuesto en el párrafo precedente, es decir, remitir toda la documentación requerida dentro del plazo fijado, pues el incumplimiento de dichas obligaciones será comunicada al Órgano de Control Institucional de la Entidad y/o a la Contraloría General de la República, y generará responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad.

- d) Una vez que la Entidad ha remitido los antecedentes, el expediente será asignado a una de las Salas del Tribunal. Ésta tiene el plazo de cinco días hábiles para evaluar la documentación obrante en el expediente y, de ser el caso, declarar que el expediente está listo para resolver.

De considerarlo necesario, el Tribunal puede solicitar información adicional a las partes en el procedimiento o a terceros, a fin de recaudar la documentación e información necesaria para mejor resolver. Si se requiere dicha información, el plazo de evaluación indicado en el párrafo anterior queda prorrogado por el término necesario, el que no podrá exceder de quince (15) días hábiles.

Asimismo, el Tribunal podrá conceder a las partes el uso de la palabra a efectos de sustentar su derecho, cuando sea solicitado por ellas hasta antes de que el expediente se declare que está listo para resolver; sin perjuicio que sea programada de oficio por el Tribunal. A estos efectos el Tribunal programará fecha y hora para la respectiva audiencia pública. Asimismo, el RLCE nos indica que el plazo de evaluación del expediente queda prorrogado hasta el día en que se realice la correspondiente audiencia pública.

Un aspecto que resulta resaltante, es que la norma indica que el Tribunal “podrá” conceder el uso de la palabra, es decir, que con el nuevo RLCE es facultad del Tribunal evaluar si resulta pertinente o no al caso en concreto programar la audiencia pública. Consideramos que ello dependerá de la complejidad de cada expediente, la materia impugnada, entre otros aspectos que se deberá evaluar a afectos de acceder o no a la solicitud de uso de la palabra. También es cierto que en muchos casos el expediente se encuentra con la documentación completa para resolver, siendo innecesario la programación de una audiencia pública, lo cual solo retrasaría la solución de la controversia. En este sentido, consideramos acertada la decisión del legislador, sin embargo, debe tenerse presente que cada vez que se deniegue la solicitud del uso de la palabra, el Tribunal deberá exponer las razones de dicha decisión, a efectos de no afectar el derecho al debido procedimiento administrativo que tienen las partes intervinientes.

- e) El Tribunal resolverá y notificará su resolución a través del SEACE dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, contados desde la fecha de emisión del decreto que declare que el expediente se encuentra listo para resolver.

Vencido el plazo indicado en el párrafo anterior, sin que el Tribunal resuelva y notifique su resolución, el apelante deberá asumir que su recurso ha sido denegado, operando la denegatoria ficta del recurso, a efectos de la interposición de la demanda contencioso administrativa. La omisión de resolver y notificar la decisión que resuelve el recurso de apelación dentro del plazo establecido, genera responsabilidad funcional de la Sala del Tribunal.

- f) La resolución del Tribunal que resuelve el recurso de apelación, o la denegatoria ficta, de ser el caso, agotan la vía administrativa, por lo que no cabe la interposición de recurso administrativo alguno contra dicha decisión, sólo cabe interponer un demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial dentro de los plazos fijados en la ley de la materia; sin embargo, dicha demanda no suspense lo resuelto por el Tribunal.

DESISTIMIENTO

Una vez presentado el recurso de apelación, sea ante la Entidad o ante el Tribunal, el impugnante puede desistirse del mismo. Cabe recordar que el desistimiento es una forma especial de conclusión del procedimiento administrativo.

En caso la apelación se haya presentado ante la Entidad, el impugnante puede desistirse de su recurso mediante la presentación de un escrito con firma legalizada ante el fedatario de la Entidad, notario público o juez de paz, según sea el caso. El desistimiento es aceptado mediante la emisión de una resolución, y pone fin al procedimiento administrativo, salvo cuando comprometa el interés público, supuesto este último en el cual la Entidad puede no aceptar el pedido de desistimiento y pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida. Sin embargo, consideramos que la Entidad debe exponer las razones debidamente fundamentadas de cuál es el interés

público que debe tutelar con la resolución de la apelación, y que motiva que no se acepte el desistimiento formulado.

En caso la apelación se haya presentado ante el Tribunal, el impugnante podrá desistirse del recurso de apelación mediante escrito con firma legalizada ante notario público o ante la Secretaría del Tribunal, siempre que el pedido de desistimiento se presente antes de que el expediente sea declarado listo para resolver y no comprometa el interés público. Sobre este supuesto del interés público, resulta aplicable lo expuesto en el párrafo precedente. El desistimiento es aceptado mediante resolución y pone fin al procedimiento.

Algo que debe tenerse presente en cuanto al desistimiento, es que la NLCE ha establecido que en caso el impugnante se desista, se ejecutará el íntegro de la garantía que presentó, es decir, el 100% del monto de la garantía; a diferencia de la anterior normativa, que disponía que en caso de desistimiento sólo se ejecutara el 30% de la garantía y se procediera a devolver el restante 70%.

CONTENIDO Y ALCANCES DE LA RESOLUCION

Sin importar que sea emitida por la Entidad o el Tribunal, la resolución mediante la cual se resuelva una apelación deberá consignar como mínimo lo siguiente:

1. Los antecedentes del proceso de selección del cual deriva la impugnación. En este punto se hará una breve reseña de los principales hechos que se desarrollaron en el proceso de selección, así como de los argumentos expuestos por el impugnante y por los demás postores intervinientes, en su recurso y en sus escritos absolutorios, correspondientemente.
2. La determinación de los puntos controvertidos planteados tanto por el apelante como por los otros postores intervinientes en el procedimiento de impugnación. Este punto, consideramos, es de suma importancia, pues tanto la Entidad como el Tribunal, según corresponda, deberán pronunciarse sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, exponiendo los fundamentos necesarios para amparar o descartar cada uno de dichos cuestionamiento.
3. El análisis respecto de cada uno de los puntos controvertidos, que se convierte en la parte considerativa de la resolución.
4. La decisión o pronunciamiento respecto de cada uno de los extremos del recurso de apelación y de la absolución de los demás postores intervinientes, conforme a los puntos controvertidos.

Asimismo, al ejercer su potestad resolutoria, tanto la Entidad como el Tribunal, según sea el caso, deberá resolver de una de las siguientes formas:

- a. En caso se considere que el acto impugnado se ajusta a la Ley, su Reglamento, las Bases del proceso y demás normativa conexa y complementaria, el recurso se declarará infundado.
- b. Cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de la Ley, su Reglamento las Bases del proceso y demás normativa conexa y complementaria, el recurso se declara fundado y se revocará el acto impugnado. Si los actos impugnados están directamente vinculados a la evaluación de propuestas y/o otorgamiento de la buena pro, se deberá, de contar con la información suficiente, efectuar el análisis sobre el fondo del asunto y otorgar la buena pro a quien corresponda. En este sentido, si se cuenta con la información suficiente, se debe otorgar la buena pro a quien corresponda, debiendo evitarse los reenvíos innecesarios al Comité Especial, que solo dilatan el proceso de selección y vuelven abrir la posibilidad de nuevas impugnaciones contra esta nueva decisión del comité.
- c. Si en virtud del recurso de apelación o de oficio, se verifique la existencia de actos dictados por órganos incompetentes, que contravengan normas legales, que contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, se declarará la nulidad de los mismos, debiendo precisarse en la resolución la etapa hasta la cual se retrotraerá el proceso de selección. En esos supuestos, se puede declarar que resulta irrelevante pronunciarse sobre el petitorio del recurso.
- d. Finalmente, si el recurso de apelación incurre en alguna de las causales de improcedencia, que se encuentran establecidas en el artículo 111 del RLCE, el recurso se declarará improcedente.

EJECUCION DE LA GARANTÍA

Como vimos anteriormente, como recaudo indispensable del recurso de apelación debe presentarse una garantía, por una suma equivalente al 3% del valor referencial del proceso de selección impugnado o del ítem apelado, y nunca menor al 50% del valor de la UIT vigente.

En este sentido, si se ejecuta o no la garantía presentada depende del sentido de la resolución que resuelve el recurso de apelación. En este orden de ideas, independientemente que el recurso se haya interpuesto ante la Entidad o ante el Tribunal, según corresponda, cuando el recurso sea declarado fundado en todo o en parte, o se declare la nulidad, u opere la denegatoria ficta, se procederá a devolver la garantía al apelante, en un plazo máximo de quince días hábiles de solicitado. Esta última disposición nos parece acertada, pues de lo contrario las Entidades o el Tribunal podrían demorarse un tiempo indeterminado en devolver las garantías, con los costos financieros que ello supone para los postores apelantes.

Por lo contrario, cuando el recurso sea declarado infundado o improcedente o el impugnante se desista, se procederá a ejecutar la garantía.

PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

El Tribunal puede establecer precedentes de observancia obligatoria, mediante acuerdos adoptados en sesión de sala plena, en los cuales interprete de modo expreso y con carácter general las normas contenidas en la NLCE y su Reglamento.

Estos precedentes de observancia obligatoria deben ser publicados en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal Institucional del OSCE. Dichos precedentes mantendrán su vigencia mientras no sean modificados o dejados sin efecto por posteriores acuerdos de sala plena o por norma legal.

Un aspecto importante es que las Entidades y las Salas del Tribunal se encuentran en la obligación de resolver las impugnaciones que conozcan de conformidad con los precedentes de observancia obligatoria.

Bajo el nuevo esquema de las impugnaciones en materia de contrataciones del Estado, en el cual cada una de las Entidades convocantes tiene facultad de resolver las apelaciones que se le presenten, consideramos que es de suma importancia que el Tribunal establezca precedentes de observancia obligatoria, a efectos de marcar la pauta a las Entidades en cuanto a la interpretación que deban hacer de la NLCE y su Reglamento, en aras de buscar predictibilidad en las resoluciones que aquellas emitan.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones, se puede indicar que cuando el valor referencial del proceso de selección no supere las 600 UIT, el Titular de la Entidad conoce y resuelve el recurso de apelación. En caso sea igual o superior a las 600 UIT, el Tribunal resolverá los recursos de apelación.

El Titular de la Entidad puede delegar la potestad de resolver el recurso de apelación, sin embargo, dicha delegación no puede recaer en el Comité Especial o en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, según corresponda. La Entidad tiene el plazo de 12 días hábiles para resolver el recurso de apelación. La resolución que resuelve la apelación agota la vía administrativa.

La garantía que debe presentar como recaudo del recurso de apelación debe ser por una suma equivalente al 3% del valor referencial del proceso de selección o del ítem impugnado. No puede ser menor en ningún caso al 50% de la UIT vigente.

Contra las resoluciones que resuelven el recurso de apelación cabe la interposición de la demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial. Sin embargo, ello no suspende la ejecución de lo dispuesto por la Entidad o el Tribunal, según corresponda.