



FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**MODIFICATORIA DEL ARTICULO 50º NUMERAL
50.1 LITERAL N) DE LA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA EVITAR
LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL
ADMINISTRADO EN EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

Autor:

Pinedo Vásquez Jhonn Kevin

Asesor:

Bernal Marchena María Luisa

**Línea de Investigación:
Ciencias Jurídicas**

**Pimentel - Perú
2019**

**MODIFICATORIA DEL ARTICULO 50° NUMERAL 50.1 LITERAL N) DE LA
LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA EVITAR LA
VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL ADMINISTRADO EN EL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.**

A desarrollarse como tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Presentado por:

Jhonn Kevin Pinedo Vásquez

Dra. Custodio Cholán Mariella Verenisse

PRESIDENTE

Mg. Failoc Piscocoya Dante Roberto
SECRETARIO

Mg. Estela Campos José Francisco
VOCAL

DEDICATORIA

A Dios, por haberme dado la oportunidad de existir y porque Él es la fuerza que toda persona necesita para salir adelante y no desorientarse en el camino hacia las metas que nos proponemos.

A mis padres: Nivelinda y Raúl, a ellos les debo todo. Solo espero que me alcance la vida para demostrarles que su esfuerzo valió la pena.

A Cristina: porque gracias a ella pude alcanzar esta meta tan añorada, por su apoyo incondicional y siempre creer en mi.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por la vida que me ha otorgado y las personas que ha puesto en mi camino que de alguna forma han contribuido para ser esa persona que ahora soy.

A mis padres por su amor incondicional y el apoyo que me han brindado cada día de mi vida, por siempre creer en mi y enseñarme el valor del trabajo y la unión familiar.

A los Docentes por inculcarnos con sabiduría y experiencia sus conocimientos, que me han servido a lo largo de mi formación universitaria y estoy muy seguro que serán muy útiles a lo largo de mi vida.

**MODIFICATORIA DEL ARTICULO 50° NUMERAL 50.1 LITERAL N) DE LA
LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA EVITAR LA
VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL ADMINISTRADO EN EL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.**

**AMENDMENT TO ARTICLE 50 NUMBER 50.1 LITERAL N) OF THE STATE
CONTRACTING LAW TO AVOID THE VIOLATION OF THE RIGHTS OF
THE ADMINISTRATE IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE.**

Jhonn Kevin Pinedo Vásquez

RESUMEN

Esta investigación esta enfocada en demostrar que resulta inadecuado haber incorporado al artículo 50° numeral 50.1 el literal n) de la Ley de Contrataciones del Estado, literal que recoge los términos ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’, -términos jurídicamente indeterminados- que no han sido desarrollados en el reglamento, dejando únicamente a la Ley su aplicación, sin embargo, el régimen de infracciones no puede estar sujeto a interpretación, puesto que podría generarse situaciones que propicien las malas prácticas por parte de la Administración Pública generando una situación de arbitrariedad. El principio de legalidad y tipicidad habilita la actuación de la Administración Pública, por ello es indispensable que las infracciones estén claramente tipificadas.

Así, ante el riesgo de una discrecionalidad disfrazada, que devenga en arbitraria se estaría generando situaciones de incertidumbre jurídica, por lo que es más favorable para el fortalecimiento del ordenamiento jurídico y propiamente dicho de la Ley de Contrataciones con el Estado, erradicar dicho literal. Para garantizar la seguridad jurídica dentro del desarrollo del proceso de las contrataciones con el Estado.

Palabras claves: Contrataciones con el Estado, principios, términos jurídicos indeterminados, discrecionalidad, arbitrariedad, incertidumbre jurídica y seguridad jurídica.

ABSTRACT

This investigation is focused on demonstrating that it is inappropriate to have incorporated into article 50, numeral 50.1, the literal N) of the State Contracting Law, a literal that includes the terms 'malicious' or 'manifestly unfounded', - legally undetermined terms - that have not They have been developed in the regulations, leaving only the law to their application, however, the infraction regime cannot be subject to interpretation, since situations that propitiate the bad practices on the part of the Public Administration could be generated generating an arbitrary situation. The principle of legality and typicality enables the actions of the Public Administration, so it is essential that the infractions are clearly typified.

Thus, given the risk of a disguised discretion, which becomes arbitrary, situations of legal uncertainty would be generated, so it is more favorable for the strengthening of the legal system and proper of the Law of Contracts with the State, to eradicate said literal. To guarantee legal certainty within the development of the contracting process with the State.

Keywords: Contracts with the State, principles, indeterminate legal terms, discretion, arbitrariness, legal uncertainty and legal certainty.

ÍNDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
ÍNDICE.....	VII
I. INTRODUCCIÓN	9
1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA	10
1.2 TRABAJOS PREVIOS	12
1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	13
1.4 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	13
1.5 HIPÓTESIS.....	15
1.6 OBJETIVOS.....	15
1.6.1. Objetivos General:.....	15
1.6.2. Objetivos Específicos	15
1.7 ABORDAJE TEÓRICO.....	16
1.7.1. Regulación de las Contrataciones del Estado	16
1.7.1.1 Definición de las Contrataciones del Estado.....	16
1.7.1.2 Principios de las Contrataciones del Estado	19
1.7.1.2.1. Libertad de concurrencia.....	21
1.7.1.2.2. Igualdad de trato.....	23
1.7.1.2.3. Transparencia.....	25
1.7.1.2.4. Publicidad.....	26
1.7.1.2.5. Competencia.....	27
1.7.1.2.6. Eficacia y Eficiencia.....	28
1.7.1.2.7. Vigencia Tecnológica.....	29
1.7.1.2.8. Sostenibilidad ambiental y social.....	30
1.7.1.2.9. Equidad.....	32
1.7.1.2.10. Integridad.....	33
1.7.1.3 Etapas de las Contrataciones del Estado	34
1.7.1.4 Pliego de absolución de consultas y/u observaciones	36

1.7.2	Análisis del artículo 50° numeral 50.1 literal n) de la Ley de Contrataciones del Estado	40
1.7.2.1	Conceptos jurídicos indeterminados.....	41
1.7.2.2	Discrecionalidad Administrativa	45
1.7.2.3	Potestad sancionadora de la Administración	50
1.7.2.4	¿Resulta jurídicamente adecuado haber incorporado el literal n) al numeral 50.1 del artículo 50° de la ley de Contrataciones del Estado?.....	55
II.	MATERIAL Y MÉTODOS	58
2.1.	TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	58
2.2.	POBLACIÓN Y MUESTRA.....	59
2.3.	VARIABLES Y OPERACIONALIZACIÓN.....	61
2.4.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, VALIDEZ Y CONFIABILIDAD	63
2.4.1.	Técnica de análisis documental	63
2.4.2	Técnica de encuesta.....	63
2.5.	Procedimiento de análisis de datos.....	64
2.6.	Aspectos éticos	64
2.7.	Criterios de rigor científico.....	65
III.	RESULTADOS	66
3.1	TABLAS Y FIGURAS	66
3.2.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	77
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	81
	REFERENCIAS	83
	ANEXOS	88

I. INTRODUCCIÓN

La investigación que he desarrollado se encuentra bajo la denominación: Modificatoria del artículo 50° numeral 50.1 literal n) de la ley de contrataciones del estado para evitar la vulneración de los derechos del administrado en el procedimiento administrativo. Y surge a partir de la modificación que se realizó a la Ley N° 30225, ley de Contrataciones Del Estado - en adelante LCE - a través del Decreto Legislativo N° 1341 vigente desde el 03 de abril del año 2017, el cual sin duda trajo muchas novedades a la Ley en cuestión siendo una de ellas la incorporación del literal n) *Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolucón de consultas y/u observaciones. Literal* que dio pie a que se realice esta investigación, debido a la falta de desarrollo en el reglamento u alguna opinión por parte del Organismo de Supervisión de las Contrataciones con el Estado más conocido como OSCE; la LCE siempre se encuentra en constante cambio es por ello que el 30 de enero del 2019 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1444 que modifica una vez más a la LCE, sin embargo; se sigue manteniendo el literal n) y por lo tanto el problema latente sigue persistiendo.

Surgiendo el siguiente problema ¿Es correcto que la Administración Pública haya incorporado términos indeterminados cuando se trate de aplicar una sanción que restringir derechos al Administrado? Al parecer dicho literal pasa desapercibo, pero el problema surge al momento de determinar cuándo estamos ante una situación que objetivamente se pueda considerar como “maliciosa” o “manifiestamente infundada” si no existe una explicación o antecedentes que puedan orientar a la Administración Pública al momento de considerar aplicar una determinada sanción, existiendo una latente afectación a los principios de la LCE y del Derecho Administrativo en general puesto que no se puede dar a la Administración Pública carta abierta para que actúe y valore determinadas conductas sin antes haberlas dotado de algún contenido.

El objetivo general de esta investigación es: resulta jurídicamente incorrecto haber incorporado términos indeterminados a la LCE en un acápite que restringe derechos de los administrados, así mismo, los objetivos específicos de esta investigación son: Desarrollar la repercusión que tiene los términos indeterminados en el Derecho Administrativo, explicar la afectación y restricción de derechos de los administrados a

causa del artículo 50 numeral 50.1 literal n) de la Ley de Contrataciones del Estado, explicar el riesgo que supone la discrecionalidad al momento ejercer la potestad disciplinaria.

1.1 Realidad problemática

En un Estado Social Democrático de Derecho en el que se encuentran condiciones necesarias como “los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales” (Tribunal Constitucional, 2003, párr.4.1-10) se deben respetar los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución para que de esta manera se pueda cumplir con sus fines que son reconocidos por el Estado Peruano y garantizar la dignidad e igualdad de las personas.

Por lo que es necesario, que no se pierda el sentido normativo, o el fin que puede pretender seguir las normas, en este caso las modificaciones a la LCE deben fortalecer el sistema jurídico para lograr una adecuada interpretación y aplicación normativa, no generar vacíos que puedan aprovecharse de manera incorrecta para satisfacer necesidades particulares. Es importante que las modificaciones sean claras y se encuentren desarrolladas en su respectivo reglamento para poder evitar vulneraciones a los principios generales del derecho Administrativo y de la LCE, garantizando al administrado un debido procedimiento y a la Administración Pública lograr alcanzar el bien común.

Así; en este Estado se debe “seleccionar de manera imparcial y con criterios objetivos con quienes se va a contratar, siendo que sobre la base de esta pauta se desarrollará todo su régimen contractual, desarrollada fundamentalmente en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”. (Santos Loyola, Pando Vélchez, Mock Ferreyros, Velásquez Meléndez, 2009, p.31)

En otras palabras; es necesario tener en cuenta estos parámetros, sin embargo; con la incorporación al artículo 50 numeral 50.1 el literal n) de la LCE se incorpora al régimen de infracciones: *Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones*; nos encontramos

con los términos ‘maliciosos’ que significa según la Real Academia Española (2019) “Que por malicia atribuye mala intención a los hechos y palabras ajenos”. Y el término ‘infundado’ que significa “Que carece de fundamento real o racional”.

Ambos términos contenidos en el artículo 50, numeral 50.1 literal n) de la LCE, tienen una definición semántica, sin embargo, no son términos jurídicos, siendo por tales conceptos jurídicos indeterminados o también denominados conceptos amplios. A la Administración Pública se le reconoce una discrecionalidad administrativa, entendida según la definición de Baca (2012) “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” (pp.182-183).

Entendida la discrecionalidad, no es lo más idóneo incorporar estos términos tan amplios sin antes se haya desarrollado su contenido o enmarcado una delimitación que permita a la Administración Pública una correcta interpretación, debido a que existe un riesgo latente que aprovechándose de esta potestad discrecional que se le reconoce a la Administración Pública pueda devenir en arbitraria.

Resulta necesario entender que la discrecionalidad equivale a “García Oviedo, Martínez Useros, (2008) 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” (Rodríguez –Arana Muñoz, 2011, p.208) pero como unificar criterios teniendo como parámetro el fin público si lo que para unos resulta malicioso para otros quizá no lo sea, o lo que para mí me supone que es infundado para otros no lo es, sigue quedando abierta la puerta a la arbitrariedad.

Con lo antes mencionado no pretendemos decir que la discrecionalidad sea inadecuada o resulte arbitraria, sino que es riesgoso que la ley otorgue una potestad discrecional, para determinar si se aplica o no una sanción que restringe derechos de los administrados, ese es el riesgo, estamos en el acápite de infracciones.

Esta situación, podría propiciar que la discrecionalidad de cara a conceptos jurídicos indeterminados y sin una regulación adecuada en la norma podría generar situaciones subjetivas que transgredirían el sentido y fin de un Estado de Derecho. Así mismo, en las contrataciones estatales dentro de un proceso de selección se vulnerarían los derechos de los contratistas, ya que no podrían tener confianza de hacer uso del pliego de absolución de consultas ante cualquier inquietud que se presente dentro de un procedimiento de selección porque existe la posibilidad de que su actuar sea considerada por la Entidad Contratista como ‘maliciosa’ o ‘manifiestamente infundada’, limitando así el derecho que tiene el contratista de hacer uso del pliego de absolución de consultas.

1.2 Trabajos Previos

Gallardo (2015), en su investigación de tesis denominada “El acto administrativo es un procedimiento administrativo sancionador a través de la utilización de medios electrónicos.

La relación con el tema y su utilidad en la investigación: es que se hace un análisis del acto administrativo, tratando de definir y conceptualizarlo en la doctrina comparada, así como en la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional; por otro lado, el objetivo de esta tesis es hacer un estudio del procedimiento administrativo sancionador peruano a través de los principios de la potestad sancionadora del Estado y de los principios recogidos en la ley del procedimiento administrativo general; siendo estos temas que se desarrollarán a lo largo de mi investigación y me servirán como referencia para el desarrollo del proyecto de tesis que estoy elaborando.

Baca (2012), en la revista N° 11, titulada “La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”

La relación con el tema y su utilidad en la investigación: Es que el autor, tomando en consideración la “Sentencia Callegari” del Tribunal Constitucional, realiza un análisis sobre el concepto de discrecionalidad de la administración. Pero no solo ello, sino que además revisa las facultades del legislador como del juez, teniendo en cuenta la relación que tiene la idea de discrecionalidad con los conceptos jurídicos

indeterminados, la arbitrariedad, la falta de motivación e incluso la discrecionalidad política.

Lo que me servirá en mi investigación ya que este análisis se desarrolla en el marco de la discrecionalidad, los principios, la arbitrariedad de la administración lo que me permitirá utilizarlas como fuentes y referencias para mi investigación.

Guzmán (2012), en la revista *Et Veritas* N° 38, denominado “Los principios generales del derecho administrativo”

La relación con el tema y su utilidad en la investigación es que: en la presente revista se hace un desarrollo de los principios generales dentro del procedimiento administrativo, lo que se relaciona con el tema de investigación a desarrollar; debido a que son el parámetro de todo acto administrativo. Además, me permitirán desarrollar con mayor peso la arbitrariedad que se cometería por la violación a la uniformidad al momento de interponer una infracción que el criterio de determinación es muy subjetivo.

1.3 Formulación del problema

¿Es correcto que la Administración Pública haya incorporado términos indeterminados cuando se trate de aplicar una sanción que restringe derechos al Administrado?

1.4 Justificación e importancia del estudio

El desarrollo de esta tesis, se origina por la necesidad de esclarecer la incorporación de nuevas infracciones en el régimen de infracciones administrativas que nos presenta la LCE, a través del Decreto Legislativo N° 1341, promulgada el 07 de enero del año 2017, que modifica la ley bajo análisis, que durante el tiempo va cambiando con la finalidad de dotar de mejores herramientas el proceso de Contrataciones del Estado, es así que a inicios del presente año se promulgó el Decreto Legislativo N° 1444 que modifica una vez más a la LCE, si bien es cierto se ha mejorado muchos aspectos no se ha modificado el régimen de infracciones desde el Decreto Legislativo N° 1341 con la

novedad al artículo 50 numeral 50.1 el literal n) de la LCE. Por lo que es un tema actual y de interés de coyuntura general, tanto para la propia administración como para los administrados.

La presente investigación, centra su núcleo en el análisis del literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE que señala como infracción: “*Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolució de consultas y/u observaciones*”; dicha infracción puede devenir en arbitraria por parte de la Administración Pública que atenta contra un Estado Democrático de Derecho; debido a que los términos empleados en el literal n) ‘maliciosos’ o ‘manifiestamente infundados’ son ambiguos e indeterminados al momento de darles una interpretación ya que puede ser analizados e impuestos a través de un razonamiento netamente subjetivo.

No existiendo seguridad jurídica al momento de aplicar dicha sanción ya que no se podrá determinar objetivamente el sentir de cada persona para hacer uso del pliego de absolució de consultas y, por ende, determinar si su conducta responde a un actuar malicioso o manifiestamente infundado. Por lo tanto, es necesario que estos términos se encuentren dotados de contenidos que permitan delimitar o encuadrar la potestad discrecional, de lo contrario se está dejando al libre albedrío de la Administración Pública la interpretación de los casos, dependiendo de lo que piense o sienta la Entidad.

Además; a través de esta investigación se puede ayudar a la integración del ordenamiento jurídico administrativo al momento de desarrollar el contenido de los términos indeterminados, porque se busca que la LCE se encuentre en sintonía con el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo en general y se vea garantizada los principios generales del Derecho Administrativo, dándoles seguridad a los contratistas para que puedan presentar en un expediente información y que las normas administrativas sean aplicadas bajo los mismos términos en todo el ordenamiento jurídico o de ser el caso cuando sean parte de un procedimiento sancionador.

Se propondrá, eliminar el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE que señala como infracción: “Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolució de consultas y/u observaciones”, para garantizar el

respeto de lo que supone un Estado Democrático de Derecho en el cuál prevalecen los principios generales de derecho y en especial los principios de la LCE al momento de aplicar una sanción, y que las infracciones sean determinadas de manera objetiva; garantizando uniformidad de las normas administrativas.

1.5 Hipótesis

La incorporación al artículo 50 numeral 50.1 el literal n) de la Ley de Contrataciones del Estado, genera mucha controversia en el desarrollo de las contrataciones estatales restringiendo al contratista el ejercicio de recurrir al pliego de absolución de consultas cuando así lo considere prudente, por temor a la interpretación que realizará la Administración Pública al momento de determinar si el actuar del postor califica como ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’, vulnerando derechos del administrado en el procedimiento administrativo.

1.6 Objetivos

1.6.1. Objetivos General:

Modificar del artículo 50 numeral 50.1 literal n) de la Ley de Contrataciones del Estado, en un acápite que restringe derechos de los administrados.

1.6.2. Objetivos Específicos

1. Desarrollar la repercusión que tiene los términos indeterminados en el Derecho Administrativo.
2. Explicar la afectación y restricción de derechos de los administrados a causa del artículo 50 numeral 50.1 literal n) de la Ley de Contrataciones del Estado.
3. Explicar el riesgo que supone la discrecionalidad al momento ejercer la potestad disciplinaria.

1.7 Abordaje Teórico

1.7.1. Regulación de las Contrataciones del Estado

Es necesario entender todo lo referente de manera general sobre las Contrataciones del Estado, para poder así adentrarnos al desarrollo de esta investigación. Para lo cual he considerado pertinente empezar por la definición de las contrataciones con el estado, luego adentrarnos al análisis de algunos de los principios tanto del derecho administrativo como de las contrataciones con el Estado, así mismo es importante entender sus etapas y finalmente desarrollar todo lo concerniente al pliego de absolución de consultas, temas que nos permitirán entender el desarrollo de esta tesis.

1.7.1.1 Definición de las Contrataciones del Estado.

Las contrataciones del Estado cumplen un rol fundamental en el desarrollo de un país. A través de este mecanismo el Estado puede reunir recursos que le permitan mejorar la calidad de vida de su población, es decir el Estado tiene el deber de satisfacer las necesidades básicas de su sociedad, para que de esta manera se cumpla uno de sus objetivos primordiales: la sostenibilidad del país y esto se verá realizado a través de las contrataciones que se realicen.

Para que el Estado logre con sus objetivos tiene que recurrir a través de la Administración Pública a diversos proveedores para que pueda proveerse de servicios, bienes y obras en las mejores condiciones, que permitan satisfacer las necesidades de la sociedad.

Las contrataciones del estado según Parejo (2007) son:

(...) La satisfacción de necesidades públicas a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública median- te la celebración del respectivo acuerdo entre ellos, el mismo

que se encuentra definido jurídicamente como un contrato administrativo. ello ocurre ante la verificación, por parte de la administración pública al interior del estado, de la imposibilidad de realizar todas las acciones que requiere el interés general únicamente a través de las dependencias de la misma, siendo necesaria la intervención de la actividad privada para ello. (pp.261-262)

Es por ello la importancia de las contrataciones del estado, para Retamozo (2017a), “el Estado tiene como objeto establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector público, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, (...)” (p.11) en otras palabras, en un Estado de Derecho, se pretende satisfacer las necesidades que demande la sociedad a través de garantías que permitan generar progreso y desarrollo. Por ello es importante que los recursos públicos sean bien empleados y esto será posible en la medida que la normativa así lo establezca.

Cuando hablamos de necesidades que demanden la sociedad buscamos que estas sean satisfechas y la forma de realizarlas es a través de las Contrataciones del Estado, es por ello que la propia Constitución Política del Perú (1993) hace referencia en el artículo 76° lo siguiente:

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. (p.17)

La Constitución señala que el procedimiento que tiene que seguir el Estado para poder adquirir bienes o brindar un servicio deben contar con determinadas exigencias, para ello se realizarán concursos públicos que garanticen la transparencia del proceso y con esto lograr el adecuado uso del fondo público, la única

manera de poder ver empleado de manera optima los recursos públicos es a través de una correcta contratación estatal, donde se vea asegurada la afluencia entre posibles proveedores como la transparencia al momento de utilizar los recursos públicos.

La Constitución sienta los parámetros en su artículo 76°, señalando que las contrataciones con el estado contarán con su propia ley donde se encuentre establecido todo procedimiento e implicancias.

El Tribunal Constitucional (2004), ha establecido que:

(...) las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando 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 principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos”. (funt.12)

Los procedimientos pertinentes de las contrataciones estatales se encuentran normados por el Decreto Legislativo N° 1444 de la LCE y por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF que aprueba el Reglamento de la LCE. Siendo así toda actuación que realice la Administración Pública tiene que basarse en los parámetros que establezca tanto la LCE como su reglamento, basando su actuación en el principio de tipicidad como fundamento de validez de dicho acto.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2014) señala que:

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. (p.5)

Es por ello que toda modificación a la ley de contrataciones con el estado, tiene que estar enfocada a mejorar las deficiencias que pueda presentar dicha ley, ya que de esto dependerá la correcta actuación de la Administración Pública.

Sigue existiendo la falta de pronunciamiento o desarrollo del contenido del literal n) del numeral 50.1 de la LCE, pues este inciso no tiene una explicación concisa de cómo se debe aplicar, dejando desprotegido el sentido garantista que tiene dicha ley donde se tiene que dotar al ordenamiento jurídico de normas claras y con arreglo a derecho caso contrario se vulneraría el sentido constitucional que tiene la LCE.

Por eso es importante contar, con los profesionales más capacitados no solo en el ámbito doctrinario sino en el plano real, que se vean respaldados por su experiencia puesto que no basta con conocer la norma es necesario saber aplicarla y esto se demuestra cuando surgen problemas en el desarrollo de las contrataciones con el Estado. Así el aporte de estas personas capacitadas en el tema hará que la norma sea coherente con la realidad, siendo importante que las leyes no se queden desfasadas por el paso del tiempo, sino que estas cambien en el sentido que así lo exige la sociedad.

1.7.1.2 Principios de las Contrataciones del Estado

Los principios, son las directrices y cimientos que orientan a un ordenamiento jurídico, en las contrataciones del Estado el Decreto Legislativo N° 1444 que modifica a la LCE, ha traído cambios importantes en los principios que rigen las contrataciones del Estado.

Retamozo (2017b) señala que:

“la nueva Ley de Contrataciones ha traído innovaciones en el ámbito de los principios, así el artículo 2º de la Ley de Contrataciones establece los principios que orientan a la normativa, los mismos que en algunos casos han sido fusionados, siendo en otros que han adquirido autonomía, o finalmente han sido eliminados, correspondiendo el caso más interesante en la separación efectuada entre los principios de concurrencia y competencia” (p.19)

Estos cambios en la LCE, no solo han separado a determinados principios como es el caso del principio de concurrencia y competencia, sino que además han eliminado del cuerpo normativo de la Ley a los principios de moralidad, economía, imparcialidad y razonabilidad, que en las anteriores modificaciones a la ley aún se encontraban vigentes. Ante estos cambios es necesario entender que estos resultan más favorables para el desarrollo de las contrataciones del Estado debido al rol fundamental que desempeñan ya que sin los principios no se podría garantizar una correcta interpretación de la norma y por ende la aplicación adecuada del derecho, siendo así debemos entender que estas modificaciones se realizan para poder responder antes los vacíos normativos que todo derecho positivo, no solo en la rama del derecho administrativo sino en todo el ordenamiento jurídico, contiene.

El Tribunal de Contrataciones y adquisiciones del Estado (2005) ha señalado que:

(...) las disposiciones de las bases deben encontrarse acorde con los principios que inspiran el régimen de contratación estatal, por lo que no basta aceptar aquellas que han sido recogidas expresamente en las bases, por el simple hecho de formar parte de estas, sin analizar de manera alguna, con ocasión de un cuestionamiento concreto, su naturaleza, razonabilidad y relevancia en el proceso de selección, aspectos que no pueden ser obviados, por cuanto dichos principios sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la

aplicación de la Ley y el Reglamento, como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables. (p.8)

La ley de contrataciones del Estado, obliga a la Administración Pública a que su actuación se vea sujeta a los principios de la LCE, garantizando que se cumpla de manera idónea los fines que se pretenden perseguir con la adquisición de bienes, servicios y obras. Sin perjuicio de que se tengan en cuenta los principios generales del derecho administrativo y otras ramas del derecho.

Aliaga (2010) señala que:

(...) los principios que inspiran la normativa aplicable en materia de contrataciones estatales, determinan el adecuado accionar de la Administración Pública y de los administrados al momento de contratar, de modo tal que se satisfagan y garanticen los intereses de ambas partes. (pp.5-6)

Es importante, desarrollar a continuación los principios regulados en el artículo 2º del Texto Único Ordenado de la LCE:

1.7.1.2.1. Libertad de concurrencia.

La LCE (2019) define al principio de concurrencia como aquel principio donde:

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. (p.10)

Este principio garantiza en el procedimiento de las contrataciones del Estado la participación libre de los futuros proveedores que vayan a trabajar con el Estado, esto quiere decir que la Administración Pública solo podrá restringir la participación de postores cuando estos no cumplan con los requisitos

generales que establezca las bases para brindar un determinado servicio, realizar una obra, etc. Sin embargo, se estaría vulnerando este principio cuando a pesar de estar calificado para ser un posible postor se le restrinja su participación.

Tiene que existir una relación entre los requisitos exigidos y las actividades que se van a realizar, porque esta es la única manera de poder contar con la mayor cantidad de postores calificados para el trabajo encomendado y lograr resultados favorables para la sociedad, es necesario además que los requisitos no sean irrisorios que a la larga resulten restringiendo la participación de los postores y no contribuyan en nada con el objetivo que tiene la gestión pública.

Si bien los principios como señala Gordillo (2000) “no son ‘reglas’ de las que se pueda deducir conclusiones por un razonamiento lógico, son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo” (p.10). El principio de libre concurrencia garantiza que el procedimiento de contrataciones del Estado sea justo y arreglo a derecho, estableciendo adecuadamente las bases que contribuyan a alcanzar una mayor cantidad de ofertas, para que así el Estado pueda evaluar y realizar una adecuada selección del postor cumpliendo con los objetivos de la contratación.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2013) en la Opinión N° 015 señala que:

La normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona natural o jurídica, que cumpla con los requisitos establecidos en esta, pueda participar en los procesos de contratación que llevan a cabo las Entidades para abastecerse de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones (...) los procesos de contrataciones deben incluir regulaciones o tratamientos que fomenten la concurrencia amplia, objetiva e imparcial y la participación plural de los potenciales postores. (pp.1-2).

Es trascendental el desarrollo del principio de libertad de concurrencia ya que con este principio empezamos a adentrarnos en el mundo de las contrataciones del Estado. La libertad de concurrencia es el inicio para dar lugar a la

materialización de los demás principios que regulan la LCE y que permiten lograr una imparcialidad en las contrataciones.

1.7.1.2.2. Igualdad de trato.

Este principio, se encuentra estrechamente vinculado con el principio que he desarrollado líneas anteriores, debido a que si existe igualdad entre los postores se asegura el cumplimiento del principio de libertad de concurrencia.

La LCE (2019), define el principio de igualdad de trato de la siguiente manera:

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. (p.10).

Este principio tiene una connotación constitucional debido a que parte del derecho de igualdad reconocido en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución, derecho que establece que todos seamos tratados como personas poseedoras de dignidad, es decir como iguales. LCE, ha establecido dentro de su cuerpo normativo el principio de igualdad de trato que se entiende como aquel principio que vela por la igualdad entre los postores que pretendan participar del proceso de contrataciones con el Estado. Esto se verá reflejado en la medida que a todos se les brinden las mismas oportunidades con igualdad de plazos y formas para que puedan presentar sus ofertas, sus consultas - a través del pliego de absolución de consultas -, etc. Logrando erradicar todo tipo de actuación que contradiga ese principio a través de privilegios y poder obtener un desarrollo idóneo que se vea materializado en una competencia objetiva e imparcial.

Sayagués (1940) señala lo siguiente:

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 (p.53)

La igualdad de trato implica además que se traten de igual manera situaciones que presenten parecidas o iguales características, debido a que se tratará de igual manera aquellas situaciones que resulten análogas. Sin embargo; es necesario que se tenga en cuenta que este principio como lo señala Morón (2016), busca que se traten de igual manera a los iguales y por ende se trate desigual a los que son desiguales, siempre y cuando las decisiones se encuentren debidamente motivadas con criterios objetivos y que se ajusten a derecho.

Comadira (2000) menciona que el trato igualitario:

Debe abarcar todos los estadios del procedimiento de selección, desde su comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato; y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades porque la administración no podrá durante el desarrollo de la relación contratación modificar indebidamente las bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte. La igual es, pues, una garantía de que la concurrencia será sana y genuina (p.44)

Es necesario que este principio se vea garantizado para así lograr la efectividad de otros principios conexos que a continuación desarrollare. Así tendremos por una parte a una Administración con una variedad de ofertas escogiendo la más adecuada para la gestión pública y por otro lado, tendremos igual de condiciones entre los ofertantes.

1.7.1.2.3. Transparencia.

El principio de transparencia es la garantía que tienen todos los ofertantes de que su participación en el procedimiento de contrataciones del Estado está garantizada

La LCE (2019), define al principio de transparencia de la siguiente manera:

Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico. (p.10)

Este es uno de principios más amplios porque logra integrar otros principios de suma importancia, condicionando a la Administración Pública a velar por la transparencia en todo el procedimiento de contratación desde la etapa de selección hasta la ejecución del contrato. Juega un papel importante la Entidad pues de ella dependerá que no existan coimas, favoritismos, desigualdades, que frustren los resultados que persigue la gestión pública. Si una Institución es objetiva, e imparcial el proceso que está realice se verá reflejada; debido a que, no se dará pie a que prácticas desleales

El Tribunal de Contrataciones con el Estado (2017) ha señalado en la Resolución N° 138 que:

En atención al principio de transparencia, toda 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 correspondiente, salvo las excepciones previstas en la ley y su reglamento. (p.4)

Otro de los aspectos fundamentales en donde se ve materializado el principio de transparencia es cuando los postores tienen acceso a toda la información del procedimiento de contratación, así se puede advertir si es que existe alguna irregularidad o si algún requisito de las bases restringe derechos, por lo que resulta esencial que la información sea conocimiento público lo que contribuirá a una correcta actuación por parte de la Administración Pública.

1.7.1.2.4. Publicidad.

El Principio de publicidad en el marco de las contrataciones del Estado, permite poner en conocimiento a la sociedad que la Administración Pública desea brindar un servicio, realizar una obra o adquirir un bien, realizando la publicación para que los interesados puedan participar del proceso de contratación.

La LCE (2019), señala que:

El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones (p.10)

Este principio garantiza, que existan múltiples ofertas por parte de los postores, teniendo a la Administración la obligación de seleccionar la más idónea para poder cumplir con el fin que dicho procedimiento persigue.

Por ende, es necesario que todos los Actos que realice las Entidades del Estado sean públicos y estas actuaciones sean difundidas para garantizar la mayor transparencia y objetividad logrando así garantizar otro derecho conexo que se deriva del principio de publicidad y transparencia, el derecho al acceso de información pública, ya que toda acto de la Administración debe estar debidamente difundida al acceso de los particulares para los fines que consideren pertinentes, respetando las excepciones establecidas por ley.

En el régimen de contrataciones con el Estado, las instituciones públicas cuentan con una plataforma virtual que permite difundir de manera masiva los actos que pretende realizar a través del Sistema Electrónico de

Contrataciones con el Estado -SEACE- en el cual se pública la convocatoria, el otorgamiento de la buena pro, se sube el contrato, las ampliaciones, etc., todo lo concerniente a la adjudicación. Información que se encuentra al alcance de toda la sociedad garantizando que el proceso sea de conocimiento público para garantizar el principio de publicidad.

1.7.1.2.5. Competencia.

La LCE (2019) ha definido el principio de competencia de la siguiente manera:

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 (p.10)

Lo que se busca es hacer el mejor uso de los recursos públicos y para ello es imprescindible que el principio de competencia este garantizado ya que habrá múltiples ofertantes deseosos de poder obtener la buena pro para lo cuál presentarán sus ofertas que pretender satisfacer el interés público, si no existiera competencia no existiría concurrencia de postores. Por lo tanto; es necesario que se garanticen las condiciones para que la competencia se realice sin ninguna restricción más que las cuestiones formales que la ley señale.

Ivanega (2005) señala que: “la administración convocante actúe de conformidad con la búsqueda de fomentar la más amplia concurrencia de interesados, y respecto de estos, mantener las mayores posibilidades para que compitan de manera objetiva e imparcial” (p.136)

Este principio, rige toda la economía del país, donde la oferta y la demanda son los ejes que mueven la economía de mercado, es por eso que las contrataciones estatales no pueden estar ajenas a este sistema, debido a que a mayor número o concurrencia de ofertantes menor costo se podrá obtener por el servicio, bien u obra deseada. Además, la competencia es el regulador del mercado que permite

eliminar las prácticas desleales, permitiendo la mayor cantidad de ofertas en los procedimientos de contrataciones.

Este principio tiene una doble finalidad, la de velar por los intereses económicos de la Administración, optimizándose en cada caso la mayor competencia posible y garantizando la libertad de acceso a la contratación. La libre competencia genera que exista oposición entre los ofertantes y ayuda al Estado a imponer determinadas condiciones restrictivas para el acceso del concurso, el mismo que no es absoluto, pues la normativa jurídica le impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad del concurrente.

1.7.1.2.6. Eficacia y Eficiencia.

Este principio es fundamental en el marco del desarrollo del concurso público, debido a que, el nuevo enfoque que tiene la LCE está adscrito a la ‘gestión por resultados’, es decir; la Administración tiene que asumir un rol fundamental que busque que el gasto público se vea reflejado en los resultados a través de bienes, obras o servicios que garanticen el bien común.

Por lo que, se necesita de eficacia y eficiencia para cumplir con el objetivo de gestión por resultados, según la definición que realiza la LCE (2019) este principio se da en

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. (p.11)

En otras palabras, con estos principios se busca que, dentro del desarrollo del proceso de contrataciones del Estado, se eliminen las formalidades innecesarias, que muchas veces buscan beneficiar a determina sector u ofertante, dejando de lado el sentido de gestión por resultados que ha adoptado la LCE,

para lograr hacer un correcto uso del gasto público que permita mejorar la calidad de vida de las personas.

El principio de eficacia está relacionado con la ‘gestión’ que realice la Administración para el cumplimiento de sus objetivos logrando alcanzar las metas que se establezca. Mientras que el principio de eficiencia es el ‘resultado’ el cual tiene que reunir o contar con los recursos necesarios para el uso final que garantizará la satisfacción de una necesidad a un menor costo. Ejemplo del principio de eficiencia cuando el proveedor entregue el bien, servicio u obra que se le adjudicó respetando el plazo establecido en las bases y contrato o antes del vencimiento de dicho plazo. Sin embargo, no solo se trata de cumplir con el plazo, sino que además el bien, servicio u obra tiene que encontrarse en óptimas condiciones sin que sea necesario levantar alguna observación.

1.7.1.2.7. Vigencia Tecnológica.

Resulta correcto haber incorporado este principio a la LCE ya que la sociedad va cambiando y con ella se desarrollan nuevos avances que permiten mejorar la calidad de vida de las personas, así pues, en la medida que se va dando este cambio es importante que el derecho también lo haga, adecuándose a las nuevas necesidades que se presentan con el paso del tiempo, eso se puede evidenciar con la incorporación de este principio.

La LCE (2019), define al principio de vigencia tecnológica de la siguiente manera:

Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.
(p.11)

Las Entidades, tienen que velar por los recursos económicos que el Estado les proporciona para la satisfacción de necesidades que demanda la sociedad. Y este principio les recuerda que dichas gestiones tienen que estar

en sintonía con los avances actuales que presenta la sociedad, con la finalidad de que, en un plazo no muy largo, estos puedan recibir mejoras que permitan adaptarse a los nuevos avances que conlleva la modernidad.

Es por ello que es necesario que la Administración Pública al momento de requerir un servicio, obra o bien no cometa errores, de lo contrario se contará con servicios, bienes u obras que en un plazo corto quedarán en desuso, haciendo una mala inversión de los recursos públicos.

Este principio, como los que hemos desarrollados se encuentran vinculados entre sí. Ya que el Estado necesitará del principio de Publicidad para que exista mayor número de concurrencia y así poder contar con una variedad de ofertas, en donde no solo se busque optimizar costos, sino que además se logre obtener bienes, servicios u obras de calidad.

Sin embargo, la Administración tiene que realizar su tarea de averiguar sobre el bien, obra o servicio que se encuentra vigente en el mercado para poder solicitarlo y que este acorde con la modernidad de la sociedad –entrando a relucir el principio de vigencia tecnológica-.

Un ejemplo del principio de vigencia tecnológica sería: cuando una Entidad desea adquirir computadoras para uso personal o para donación. Tiene la Entidad el deber de buscar en el mercado cuáles son los avances tecnológicos actuales respecto a las computadoras, tendrá que tener en cuenta: el año, el procesador, el software, hardware, la memoria ram, etc. Así se podrá hacer una idea y proyectar al futuro para que las computadoras que compre en el 2019 siguen operando en 10 años más, siendo posible que dichas computadoras se adapten a los nuevos sistemas operativos que se desarrollen en el futuro.

1.7.1.2.8. Sostenibilidad ambiental y social.

En la actualidad cada vez nos concientizamos más respecto al impacto que está teniendo el medio ambiente, es por eso la necesidad de que

exista este principio, que sin duda es uno de los más importantes. La LCE (2019) la ha definido como “En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano” (p.11).

El Estado a través de las contrataciones estatales busca cubrir determinadas necesidades que la sociedad exige, como, por ejemplo: contar con carreteras, colegios, luz eléctrica, agua, etc. Todo estos bienes, obras o servicios que pueda realizar el Estado, tienen que efectuarse teniendo en cuenta la repercusión ambiental que podrá generar al planeta. Por lo que la Administración pública tiene la obligación de garantizar que estas mejoras no dañarán el ambiente y además fiscalizar que el ofertante que ejecutará dicho trabajo tampoco lo haga.

Las buenas prácticas muchas veces son complicadas de cumplir, en el marco de las contrataciones del Estado, este tiene que lograr que se cumplan para lo cual tendrá que dotarse de diversos mecanismos como, por ejemplo: dar incentivos a las empresas que contribuyan a preservar el medio ambiente tanto en el proceso de la ejecución contractual como en el resultado.

Según Mantilla, Vergel & López (2005):

(...) El componente ambiental es la base del desarrollo de una nación; es decir, con la sostenibilidad ambiental se garantiza las disposiciones de recursos para hacer sostenible la producción de satisfactores de necesidad y contar, a su vez con un entorno natural agradable y sano para el hombre.

Si se quiere alcanzar con eficiencia la sostenibilidad ambiental, es importante contar con procesos de tecnología limpia que garanticen el uso adecuado de los recursos y del ambiente, no sólo en orden a la legislación nacional e internacional en coherencia con las políticas sociales y económicas de cada país, sino además, con técnicas y métodos adecuados de control, medición y evaluación, que hagan posible tanto el seguimiento a procesos y acciones frente al contexto natural, como aseguramiento de instrumentos que faciliten la orientación del quehacer

económico, en procura de espacios de bienestar en mejoramiento continuo, definidos por la calidad de vida en un ambiente sano (...). (p.15)

Es importante que la Administración cumpla su rol de establecer los criterios a tenerse en cuenta en sus bases para que se garantice además el principio de eficiencia, así el ofertante que obtenga la buena pro la pueda ejecutar su actividad respetado el medio ambiente, es necesario además que se establezcan severas sanciones que sirvan como lección a posibles contratistas, solo si prevenimos se logra preservar el medio ambiente.

1.7.1.2.9. Equidad.

Falcón (2005), señala que:

La equidad es imprescindible en el mundo del Derecho porque los hombres y las leyes son falibles. Si los hombres fueran perfectos, no serían necesarias las leyes. Si las leyes fueran perfectas, no tendríamos necesidad de acudir a la equidad. Las leyes corrigen los errores de los hombres. La equidad, los de las leyes. La equidad, al igual que la justicia, es una noción que goza de prestigio, pero cuyos contornos no están nítidamente definidos. (...) la equidad a lo más que llega es a tener un papel supletorio de la norma legal, en relación con la cual debe observarse una prudencia infinita. (...). (p.33)

La LCE (2019) define a este principio de la siguiente manera: “Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”. (p.11). Es decir, la equidad es una manifestación de la justicia, ya que se trata que ser justo en las contraprestaciones que tenga que realizar la Administración pública y el postor que obtuvo la buena pro.

Este principio es fundamental, brinda seguridad al administrado que sus derechos no se verán mermados por el Estado, sino que, en el

marco de las contrataciones con el Estado, existirá igualdad en la relación postor – Entidad dentro del desarrollo y controversia que surjan en el concurso público. Ejemplo: Cuando la Administración cumple con la contraprestación de manera oportuna al contratista que ha cumplido en el plazo la obra sin que se haya que levantar observaciones. Se tiene que dar lo que le corresponde al contratista responsable porque es lo justo.

1.7.1.2.10. Integridad.

La LCE (2019), señala que la integridad es:

La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna. (p.11)

El principio de integridad busca que en las contrataciones del Estado, tanto la Entidad como los postores actúen bajo criterios de probidad, es decir; la Entidad tiene que actuar con honestidad al momento de lanzar un concurso público garantizando que el procedimiento de contratación es transparente y que no se está favoreciendo a un determinado postor, de igual manera el principio de integridad rige para los ofertantes en el sentido que estos deben dirigirse a la Administración con veracidad al momento de presentar sus documentos que conformen la oferta. Así se desarrollará un proceso de selección íntegro.

La integridad, como se ha mencionado está direccionada para ambas partes, por lo cual debe primar siempre los valores esenciales de veracidad, transparencia, buena fe, para que el proceso de contratación se ajuste a derecho cumpliéndose todos los principios que rigen el marco de la LCE.

Un ejemplo de la afectación a este principio sería: el postor, en su oferta haya presentado documentos falsos respecto a la experiencia de su Ingeniero Residente, los mismo que son descubiertos después de haberse firmado el contrato a través de una fiscalización posterior que realizó la Entidad. Teniendo que declara nulo el contrato y volver a convocar un proceso de selección.

En este ejemplo, vemos como el postor actúa con dolo, faltando a la verdad para poder beneficiarse por lo que no actuó con integridad, sino que vulneró este principio que rige la LCE, generado perjuicio al Estado.

1.7.1.3 Etapas de las Contrataciones del Estado

Las contrataciones del Estado, es el mecanismo que habilita a la Administración a contratar un determinado servicio, bien u obra utilizando los recursos públicos para lograr satisfacer o mejorar determinados ámbitos de la sociedad.

Por ello, las contrataciones con el Estado tienen su propia norma que regula todo el procedimiento que conlleva adquirir un bien, brindar un servicio u obra, la Ley N° 30225 LCE, la misma que garantiza que dicho procedimiento se efectúe en concordancia con los principios que permitan garantizar un correcto desarrollo del procedimiento de las contrataciones con el Estado.

Para entender cómo se realizan las contrataciones que el Estado efectúa es necesario comprender las etapas que su desarrollo conlleva, la LCE señala que estas etapas son: la etapa de actos preparatorios, la etapa de selección y la etapa de ejecución.

La primera etapa -actos preparatorios- es una de las fases que solo es de competencia de la Entidad, pues se trata de la etapa donde se dará respuesta a la necesidad que surge, acá la Administración tendrá que hacer un estudio de mercado, gestionar el presupuesto, realizar las bases, determinar los costos, los plazos, armar el expediente técnico, entre otras actuaciones que conlleven a realizar la convocatoria del concurso público.

En esta fase se programa y planifica que actividad se llevará a cabo. La LCE (2019) en el artículo 15° señala que el procedimiento de contrataciones

del Estado, empieza con el desarrollo del Plan anual de contrataciones, entendida según la OSCE (2019) como aquel instrumento que permite:

Uniformizar criterios para la planificación de las contrataciones de bienes, servicios y obras en el Plan Anual de Contrataciones bajo el enfoque de gestión por resultados que permita el cumplimiento de los fines públicos.

(...) Establecer disposiciones complementarias sobre el proceso de formulación, aprobación, publicación, modificación, ejecución y seguimiento del Plan Anual de Contrataciones. (p.1)

Una vez que se desarrolle el Plan Anual de Contrataciones, el Estado tendrá que lanzar el concurso y poder contratar al postor que presente la mejor oferta, esta elección estará a cargo del Comité de selección y la Entidad que desea realizar la contratación. Todas estas actuaciones se plasmarán en el denominado Expediente de Contratación que es el instrumento que recoge todos los documentos de planificación, requerimientos, ejecución del contrato, etc., cerrándose cuando se efectúe la última prestación.

En esta fase según Rivera, Pérez (2014), el Comité Especial, quien revisará todas las actuaciones del Expediente de Contratación, para que a raíz de esa información elabore las bases del concurso público ya sea para la adquisición de bienes, servicios u obras.

La segunda fase -etapa de selección-, según la LCE está comprendida desde el artículo 21º, en esta etapa será el Comité Especial de Selección quien otorgue la buena pro al postor que haya realizado una mejor oferta. Este comité conduce el procedimiento de las contrataciones con el Estado; siendo una de sus funciones absolver las dudas que tenga el postor cuando haga uso del pliego de absolución de consultas, etc.

Finalmente tenemos a la tercera etapa – ejecución contractual – regulada en la LCE a partir del principio 32º, en esta etapa se ejecuta el objetivo del concurso público a cargo del postor y bajo la supervisión de la Administración. En esta

etapa se encuentra cómo se desarrollará las controversias que surjan en el procedimiento de las contrataciones, regulado en el artículo 41° de la LCE, así como también las causales que permitan declarar la nulidad del contrato artículo 44° de la LCE, todo ello de conformidad con lo que establezca el Reglamento de la LCE.

Tener claro el procedimiento de las contrataciones del Estado es fundamental, pues conociendo la etapa en la que se encuentre el procedimiento se podrá actuar con los mecanismos legales que la ley ha señalado para cada etapa. Por ejemplo: el uso del pliego de absolucón de consultas y/u observaciones se plantea en la etapa de selección. Conocer las etapas, le permite al postor hacer uso de este derecho reconocido para que pueda consultarle a la Administración por alguna cuestión que considere necesaria su aclaración y así poder estar en igualdad de condiciones que los demás postores.

1.7.1.4 Pliego de absolucón de consultas y/u observaciones

En el procedimiento de contrataciones con el Estado, en la etapa de selección los postores tienen reconocido el derecho de poder hacer uso del pliego de absolucón de consultas y/u observaciones cuando consideren que así resulta necesario ante algunas situaciones que ameriten pronunciamiento o un esclarecimiento por parte de la Administración Pública.

El pliego es un instrumento que permite al ofertante realizar preguntas u observar algunas situaciones establecidas en las bases que el ofertante considere inadecuadas. Sin embargo, es necesario tener presente que el pliego es un instrumento que permite homogenizar criterios dentro de un concurso público, para que así el ofertante pueda estar en igualdad de condiciones al momento de presentar su oferta.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2016), en la Resolución N° 274-2016-OSCE/PRE define a las consultas como aquellas “solicitudes de aclaración u otros pedidos, no debiendo emplearse para formular

pretensiones que desnaturalicen la decisión de compra adoptada por la Entidad” (p.2) y a las observaciones 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. No deben emplearse para formular pretensiones que desnaturalicen las decisiones de compra adoptada por la Entidad. (p.2)

El pliego de absolución de consultas, permite a los ofertantes solicitar a la Administración una explicación sobre un determinado requisito que se haya señalado en las bases del concurso público, debido a que este puede resultar ambiguo o quizás sea haya redactado de manera muy general, siendo necesario una explicación más detallada para que así los postores puedan presentar una oferta adecuada. Este pronunciamiento permitirá comprender de manera correcta las bases beneficiando a todos los postores que se encuentren dentro del concurso público pues con la respuesta de la consulta formulada la Administración unificará criterios y esclarecerá las dudas que se puedan presentar.

Las consultas que realicen los postores, servirán para beneficiar el procedimiento del concurso, siendo un instrumento que permite el desarrollo adecuado de las contrataciones del Estado, sin embargo; este instrumento no puede ser utilizado para desvirtuar el concurso público que la Entidad ha adoptado.

Por su parte el pliego de observaciones, es el mecanismo que tienen los ofertantes de poder advertirle a la Administración Pública, que en las bases del concurso existe una disposición que contraviene el ordenamiento jurídico, como cuando existe una disposición que restringe derechos de los postores beneficiando a un determinado sector o postor.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2017), en la Directiva N° 004-2017-OSCE/CD señala que:

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 respecto a las consultas y observaciones recibidas así como la precisión exacta de lo que se incorporará en las Bases integradas. (p.3)

Valdivia (2004) señala que 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” (p.231). A través del pliego de absolución de consultas y/u observaciones la Administración Pública tendrá que incorporar a las bases las opiniones motivadas de las consultas que hagan los postores siempre y cuando éstas lo ameriten y permitan fortalecer el desarrollo del concurso público. Así mismo, las observaciones que sean declaradas fundadas serán garantías que permitan erradicar aquellas disposiciones que sean contrarias al derecho.

Radizando así la importancia que tiene el uso del pliego de consultas y/u observaciones, por lo cual es importante que se cumplan con algunas de las exigencias que la norma ha señalado para la utilización de este recurso, no perdiéndose el fin de contribuir con el correcto desarrollo de las contrataciones del Estado.

Es necesario que se dote de contenido al recurso del pliego de absolución de consultas y/u observaciones, para que no sea utilizado de manera incorrecta por lo que los ofertantes en el procedimiento de las contrataciones del Estado tienen que tener en cuenta lo que establece el Reglamento (2018) de la LCE en el artículo 72°:

72.1. Todo participante puede formular consultas y observaciones, a través del SEACE, respecto de las bases. Las consultas (...) Se presentan en un plazo no menor a diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria. (...)

72.4. 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 indica si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen.

72.5. El plazo para que el comité de selección absuelva la totalidad de las consultas y observaciones presentadas por los participantes y registre las bases que integren todas las modificaciones previstas en el pliego absolutorio, así como su respectiva notificación a través del SEACE, no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el vencimiento del plazo para recibir consultas y observaciones señaladas en las bases.
(...)

72.10. El pronunciamiento que emite el OSCE se encuentra motivado e incluye la revisión de oficio sobre cualquier aspecto trascendente de las bases y realiza la integración definitiva. El plazo para emitir y notificar el pronunciamiento e integración definitiva a través del SEACE es de doce (12) días hábiles, y se computa desde el día siguiente de que la Entidad registra en el SEACE los documentos previstos en el TUPA del OSCE y en la Directiva correspondiente.

72.11. Contra el pronunciamiento emitido por el OSCE no cabe interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la Entidad y los proveedores que participan en el procedimiento de selección. (p.16)

Respetando la finalidad del pliego, los plazos y consideraciones señalados en el artículo 72° del Reglamento de la LCE, se verá garantizado el uso adecuado de este instrumento, a favor del régimen de Contrataciones que realice el Estado. Es fundamental que toda actuación tanto del postor como de la Entidad sea debidamente motivada para garantizar su juricidad y descartar conductas permisivas que solo busquen entorpecer el procedimiento de contratación. La Administración tiene que absolver las consultas y/u observaciones de manera congruente respondiendo a las solicitudes de aclaración o a las vulneraciones detectadas por el postor.

La LCE, señala expresamente que: “Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones” (p.23). Constituye una infracción, el cual amerita una sanción al postor que incurra en dicha infracción. Sin embargo, resulta necesario analizar lo que la Administración quiso incorporar al cuerpo normativo de infracciones de la LCE, puesto que, manifiesta que el uso incorrecto del pliego de absolución de consultas y/u observaciones será sancionado, empero, el problema surge del contexto de la infracción pues se ha incorporado a la norma los términos ‘maliciosos’ o ‘manifiestamente infundado’ para calificar la forma incorrecta del uso del pliego.

Pero, qué se entiende por malicioso o manifiestamente infundado, en el Reglamento de la LCE no existe una mayor explicación de este numeral, por lo que entramos en un problema que puede llegar a pasar desapercibido en el sentido de la interpretación que tendrá que realizar la Administración para calificar un situación como malicioso o manifiestamente infundado, cuando estos términos son conceptos indeterminados, quedando vulnerado todas las garantías que se ha logrado dotar al pliego de absolución de consultas y/u observaciones, por la importancia que representa dentro del marco de la LCE.

1.7.2 Análisis del artículo 50° numeral 50.1 literal n) de la Ley de Contrataciones del Estado

El 03 de abril del 2017, entra en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341, que modificó la normativa que regula las contrataciones que el Estado realiza, con el fin de coadyuvar al correcto desarrollo del procedimiento de contrataciones de bienes, servicios y obras. Dentro de las tantas modificaciones a la LCE, también se realizaron incorporaciones como lo es el caso del literal n) al numeral 50.1 de la LCE, que recoge el Título VI – Régimen de Infracciones y Sanciones -.

La incorporación de este inciso al régimen de infracciones de la LCE, no tuvo ningún desarrollo en su Reglamento, dejando como única regulación a la propia Ley. Así mismo el 30 de enero del 2019, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1444, que deroga al Decreto Legislativo N° 1341 y modifica a la LCE, manteniendo

vigente el inciso n) de la LCE, sin embargo; sigue sin dotarse de contenido el Reglamento de la LCE.

El problema que surge al haber incorporado este inciso a la presente ley, es su incorporación dentro del régimen de infracciones que sin lugar a duda tiene como consecuencia una sanción administrativa que restringirá los derechos de los administrados. Es por ello, la importancia de contar con un régimen de infracciones claro y que tenga desarrollado su contenido en el Reglamento de la LCE.

Es por ello que surge la necesidad de analizar el literal n) del numeral 50.1 de la LCE, el que textualmente señala: “Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolucón de consultas y/u observaciones”.

La Ley señala: Presentar cuestionamientos ‘maliciosos’ o ‘manifiestamente infundados’ cómo se debe entender estos dos términos, en qué situaciones aplicaría interponer esta infracción, sin duda alguna estos términos resultan ser muy amplios para haberse incorporado al régimen de infracciones porque se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya interpretación no reúne criterios de unificación sino por el contrario se darían situaciones divergentes que podrían generar situaciones que contravengan el procedimiento de contrataciones con el Estado.

1.7.2.1 Conceptos jurídicos indeterminados

A lo largo de la historia cada vez es más común que en las diversas ramas del derecho se incorporen conceptos jurídicos indeterminados, entendidos según Núñez (2013a), “los conceptos jurídicos indeterminados no son sino términos jurídicos abiertos que han de ser precisados en los actos de aplicación del derecho que los contiene y, por consiguiente, perfilados por un operador jurídico que es distinto al de su creación” (p. 22-23). En otras palabras, son aquellos conceptos que a pesar de su uso frecuente resultan complicados al momento de querer dotarlos de una definición.

Así, en relación a los conceptos jurídicos indeterminados, y concretamente en cuanto a su interpretación, habría que abordar los fundamentos de la argumentación jurídica (termino y ámbito de estudio al que se presta en la actualidad una atención principal como disciplina de trabajo). La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados puede llevarse también al planteamiento de la cuestión clásica del silogismo jurídico, pues la indeterminación relativa de la norma como premisa mayor complicará la tarea de subsumir el supuesto de hecho, la premisa menor, para obtener una cierta consecuencia jurídica. (Tena, 2018, p.103)

Es un término indeterminado cuando existe ambigüedad o imprecisión propios de la indeterminación, que, si bien nos podemos formular una idea del significado, esta idea resulta muy amplia al no existir una única respuesta para situaciones similares, admitiendo varias posibilidades lo que genera vaguedad en la norma jurídica propiciando que la Administración incorpore a la aplicación de la norma conocimientos propios.

Se hace complicada la tarea de interpretar la premisa normativa a la Administración y que esta pueda calzar en el supuesto de hecho de manera objetiva cuando existe dudas por la redacción normativa, como es el caso del literal n) contenidas en el numeral 50.1 de la LCE. En otras palabras, Administración estará habilitada a realizar una valoración del contenido que tendrá el concepto.

Según Ara (2004) “la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados implica la decisión del legislador de realizar una remisión al destinatario del derecho para que sea este el que en cierto modo complete el mandato normativo, habida cuenta de la imposibilidad de determinar de una vez por todas la solución a problemas afectados por el vaivén de los cambios sociales y de los sentimientos preponderantes en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico en cuestión” (p.112).

Dejar a la Administración a que complete el mandato normativo, no es del todo adecuado, si bien es cierto existe en el derecho múltiples

conceptos indeterminados que generan ambigüedad en la norma, esta es una excepción a la regla, y como tal tiene su aspecto positivo.

Según García (2003), “La imprecisión de los términos jurídicos ha pasado de ser considerada un defecto del derecho y un mal endémico que no tiene solución, a valorarse como un aspecto esencial del mismo al que el legislador no debe renunciar” (p. 113). Como toda excepción debe aplicarse o incorporarse esos términos jurídicos indeterminados de manera excepción y con la finalidad de evitar la rigidez normativa, si bien la norma tiene que ser objetiva, no podemos solo aplicarla, sino que es necesario interpretarla para poder adecuar la norma correctamente al supuesto de hecho que así lo amerite.

En un Estado Social Democrático de Derecho la norma jurídica tiene que estar dotada de certeza para que el administrado pueda tener seguridad jurídica. No se puede abusar de las potestades discrecionales que reconoce la norma para sostener todo un ordenamiento jurídico.

Núñez (2013b)

(...) Los conceptos jurídicos indeterminados son precisamente los que se consignan en los diferentes cuerpos normativos, formulados sin distinguir o fijar los parámetros de aplicación, y pueden considerarse concepciones jurídicas que tienen en algún nivel ambigüedad e imprecisión y, por tal, que pueden admitir aplicaciones diferentes, o ser perfilados de forma distinta, lo que llevará a generar incertidumbre e incluso confusión y, consecuentemente, motivos de duda a la hora de fijar su significado jurídico. (p.20)

La indeterminación de un concepto surge a raíz de la dificultad de poder definir uniformemente dicho concepto al momento de querer interpretarlo en una determina situación, como por ejemplo los términos maliciosos o manifiestamente infundados, podemos hacernos una idea de qué significa malicioso a partir de su conceptualización semántica que según la Real Academia Española (2019) es el “Que por malicia atribuye mala intención a los hechos y palabras ajenos” y del término infundado definido como aquel “Que carece de fundamento real o racional.”

Sin embargo; siguen siendo conceptos jurídicos indeterminados que implican que la Administración haga una valoración a partir de sus percepciones para su aplicación. Es imprescindible señalar que los conceptos jurídicos indeterminados no son malos, ni que proponemos erradicarlos, al contrario, ayudan como excepción a la creación de normas jurídicas que por su naturaleza deben ser dotadas de contenido, para que esa valoración que se realizará a raíz de los conocimientos de la autoridad administrativa sea enmarcada de tal manera que resulte ser lo más justo.

El problema surge al momento de incorporar términos jurídicos indeterminados dentro del régimen de infracciones de la LCE, si bien; hemos dicho que dichos términos no son malos, sin embargo haberlos incorporado en el literal n) del numeral 50.1° de la LCE si representan un riesgo para el administrado.

La Administración hará una valoración de la acción que realice el administrado, si la administración considera que efectivamente el administrado en el proceso de selección hace uso del pliego de absolucón de consultas y/u observaciones solo para dilatar el proceso esta calificará su acción como una conducta ‘maliciosa’ pero; cómo la Administración podría valorar una acción que si aún siendo maliciosa se encuentra en un plano subjetivo, pues solo el administrado será quien sepa de verdad si utilizó el pliego de consultas y/u observaciones para dilatar el proceso quedando en un plano subjetivo la acción del administrado y la de la administración.

Desde otra perspectiva, qué pasaría si la Administración considera que el uso del pliego por parte del administrado resulta ‘manifiestamente infundada’, sin embargo; el administrado efectivamente considera que su observación o consulta es necesaria y se ajusta a Derecho puesto que con el pronunciamiento que realice la Administración respecto de su consulta y/u observación, el ofertante estará en igualdad de condiciones dentro del concurso público, existiría una disparidad de soluciones frente a situaciones similares, pues si la para la Administración resulta manifiestamente infundado entonces el administrado tendrá que recibir una sanción.

Como se mencionó en el acápite anterior, el pliego es una herramienta necesaria dentro del procedimiento de contrataciones del Estado, que

permite advertir alguna norma contraria derecho o esclarecer determinadas reglas para poder presentar una oferta adecuada y tener la misma posibilidad que los demás postores de poder obtener la buena pro.

Sin embargo, el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50° de la LCE limita el ejercicio del administrado de poder hacer uso del pliego al haber incluido los términos maliciosos y manifiestamente infundados, términos jurídicamente indeterminados, que resultan ser restrictivos para incorporarse en el régimen de infracciones de la LCE. Puesto que, lo que resulta malicioso para determinadas autoridades administrativas puede que no lo sea para otras. Así mismo, lo que resulte manifiestamente infundado para algunos no lo será para otros.

Así pues, la Administración Pública, siempre estará en un situación de ventaja ante el administrado, pues la Administración será la que tenga la última palabra al momento de determinar si se realizó o no una actuación maliciosa o manifiestamente infundada del pliego de absolución de consultas y/u observaciones, pues estos términos jurídicos indeterminados tendrán que ser analizados por la Administración a través de potestad discrecional, que podría ser disfrazada y devenir en arbitraria debido a la falta de objetividad y certeza de la intención del ofertante. Limitándose el uso del pliego y vulnerándose los principios de igualdad, equidad, transparencia, etc.

1.7.2.2 Discrecionalidad Administrativa

Es aquella habilitación que reconoce la Ley a la Administración Pública para poder realizar una interpretación de la norma conforme al derecho, teniendo como directrices a los principios generales del derecho.

Casagne (2010), señala que: (...) la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de toda juridicidad pues, en rigor sólo confiere un mayor margen de arbitrio en la elección de una posibilidad de actuación que no aparece positivamente predeterminada por el legislador. De otra parte, y tal como se advirtió

precedentemente, la revisión de los aspectos discrecionales de un acto administrativo resulta compatible con la admisión de un círculo o bloque de discrecionalidad, aun cuando ello pueda influir sobre la densidad del acto. (pp. 236-237).

La discrecionalidad le otorga a la Administración un margen de libretar para actuar de una determinada manera o elegir entre varias posibles situaciones, sin que ello suponga una libertad desmedida, la ley reconoce esa potestad discrecional dentro de los márgenes de la Ley teniendo como parámetro los principios del derecho, del procedimiento administrativo general, de la LCE, y toda norma que resulte compatible.

Hartmut (2011), [señala que]: La discrecionalidad sirve, sobre todo, a la justicia del caso concreto. Se pone a los órganos en la posición de hallar una solución adecuada y correcta para el caso concreto teniendo en cuenta a estos efectos tanto el punto de vista de los objetos perseguidos por la ley (la finalidad de la norma, la *ratio legis*) como las concretas circunstancias del caso. Para ello deben, en primer lugar, preguntarse qué fines persigue el otorgamiento de discrecionalidad, así como también cuáles son los puntos de vista determinantes al respecto para, atendiendo a todo ello, juzgar el caso concreto y tomar una decisión en consecuencia. Aquí pueden confluir tanto argumentos de equidad como consideraciones de conveniencia y oportunidad. (p.170).

La Administración actúa a través de la potestad discrecional para adecuar la norma al caso en concreto evitando así aplicar una norma que resulte para el caso en específico la configuración de un vicio, en ese margen se desarrolla la libertad que posee la administración pública. Si bien se le reconoce una libertad de elección esa libertad esta debidamente regulada para evitar así decisiones contrarias al derecho. Kelsen (1986), señalaba que ese margen de libertad se debe otorgar a la Administración cuando estemos frente a representantes que tengan conocimientos para poder aplicar de manera adecuada la norma y hacer un juicio de valor fundado en derecho.

Moraga (2010) [señala que]: 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 'interés secundario') y el objeto (qué decisión o actuación es la que corresponde adoptar o emprender) (pp.35-36).

La discrecionalidad tiene directrices inminentes de un ordenamiento jurídico propio de un Estado Social Democrático de Derecho que no permite la subjetividad por parte de la Administración Pública, no se debe confundir discrecionalidad con subjetividad, si bien la discrecionalidad permite el discernimiento por parte de la Administración está tiene que ser objetiva de modo tal que se garantice el interés público, garantizando así el procedimiento de las contrataciones del Estado.

La diferencia que existe entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, es que mientras el primero supone un discernimiento entre posibles alternativas escogiendo aquella que no presente vicios para el caso determinado, existiendo un margen de libertad para que según el criterio que adopte la Administración esta sea la más adecuada, por su parte; los conceptos jurídicos indeterminados suponen que la Administración realice una valoración y dote de contenido con arreglo a derecho sobre un determinado concepto amplio implica impartir los conocimientos que se tengan de dicho concepto.

Al momento de incorporar el inciso n) al artículo 50.1 de la LCE no solo se incorporaron los términos jurídicos indeterminados 'maliciosos' y 'manifiestamente infundado' sino que además, se le otorga a la Administración dotarlos de contenido según lo que entiendan por malicioso o manifiestamente a través de una potestad discrecional, en este inciso tenemos términos jurídicos indeterminados y potestad discrecional, ambos que hacen a una Administración omnipotente y con una amplia prerrogativa sobre el administrado que queda desprotegido dentro de las contrataciones con el Estado.

El administrado tendrá recelo al momento de hacer uso del derecho reconocido a utilizar el pliego de absolución de consultas y/u observaciones pues no tendrá la certeza de que su acción podrá calzar en la ahora infracción tipificada en el inciso n) del artículo 50.1 de la LCE, o no.

Es importante las potestades discrecionales, pues permiten interpretar la norma, evitando restricciones normativas que por su rigidez devengan en arbitrarias, el eje primordial para que estas potestades discrecionales estén acorde a derecho es el interés público.

Es necesario que se tengan en cuenta diversos criterios para determinar cuándo existe una discrecionalidad correctamente ejecutada, entre ellos tenemos al criterio de razonabilidad, que permitirá que ese margen de libertad este fundada en razones racionales que respondan a los hechos reales, así se garantizará legitimidad a la actuación discrecional que realizará la Administración. Otro de los criterios a tener en cuenta es la finalidad de la norma, pues teniendo en claro el sentido de la norma no se tomarán decisiones aisladas que den pie a situaciones arbitrarias, este criterio delimitará la actuación discrecional de la Administración. Finalmente tenemos a la motivación como tercer criterio, motivar según Bielsa (1947), es “justificar la relación de causalidad entre los motivos presupuestos y los motivos determinantes” (p.88). La discrecionalidad permitirá a la Administración determinar la posición que se tomará en un caso específico para lo cual se tomarán como parámetros a los principios, sin embargo, estas decisiones tienen que estar debidamente fundamentadas.

La Ley de Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444- (2019), señala que:

6.1 La motivación debe 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.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique

de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

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.
(p.5)

Es imprescindible la motivación por parte de la Administración pública, sobre todo cuando la potestad discrecional se encuentra dentro de régimen de infracciones, solo así se obligará a la Administración actuar conforme a ley y poniendo en práctica las actuaciones conforme a derecho. La importancia es motivar, es poner en un plano de igualdad a la Entidad y al ofertante pues así este último conocerá los motivos razonables por los cuales la Administración optó por tomar una determinada decisión, otorgándole al ofertante la posibilidad de defenderse y que este cuente con un debido procedimiento propio de un Estado Social Democrático de Derecho.

Estos criterios, garantizan a todos los partícipes de un procedimiento de contratación del Estado, que se desarrollará el concurso público respetando las garantías constitucionales, donde la igualdad de condiciones y la transparencia se vean reflejadas en la práctica. Solo así se podrá contrarrestar las prácticas desleales que vemos en torno al proceso de contrataciones estatales.

La discrecionalidad al igual que los conceptos jurídicos indeterminados no son perjuicios por el simple hecho de encontrarse en el Derecho, se tiene que respetar las garantías y criterios para que se haga un adecuado uso de estos recursos. Sin embargo; la combinación de ambas figuras jurídicas dentro del régimen de infracciones de la LCE en el cual se restringen derechos a los administrados resulta desventajoso para el administrado dentro del procedimiento de las contrataciones con el Estado.

Es necesario que las incorporaciones que se realicen a la LCE deben hacerse garantizando la constitucionalidad de la norma y no generando afectaciones a los ofertantes, para que así exista un concurso público justo, donde se vean garantizados los fines que persigue toda contratación que realiza el Estado, fines que se verán materializados en el adecuado empleo del gasto público, si queremos que las cosas mejoren no debemos dar oportunidad a que se puedan dar irregularidades que afecten el bienestar de una sociedad.

Por ello, es necesario que además los criterios que antes hemos mencionado, las potestades discrecionales sean pasibles de ser cuestionadas en un ámbito judicial en la medida que la discrecionalidad administrativa nace del Poder Legislativo, sin embargo, dicha discrecionalidad tiene que ser controlada a través de un procedimiento Judicial, ya que la Administración no podría ser el órgano encargado de valorar sus propios actos que emanen de su propia discrecionalidad.

Es importante señalar que debe existir una separación de poderes, no estamos desmereciendo la función administrativa, pero para que se tendrá un correcto ejercicio del debido procedimiento es necesario someter a revisar todos los actos administrativos cuando estos resulten lesivos, en aras de la juridicidad en donde la actuación de la Administración será pasible de un control judicial.

1.7.2.3 Potestad sancionadora de la Administración

El Derecho Administrativo, es una de las ramas que conforman el ordenamiento jurídico del Estado Peruano, Guzmán (2016), manifiesta que esta rama del derecho tiene su propio cuerpo normativo es decir; normas administrativas, contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, ley N° 27444 -LPAG- que habilita a la Administración Pública a poder resolver procesos administrativos a través de un procedimiento administrativo generando al administrado la seguridad de que se llevarán los procesos conforme a ley y que los actos administrativos emitidos por la Administración revestirán de validez y legitimidad.

La LPAG, reconoce al derecho Administrativo una potestad sancionadora que se materializa a través de las sanciones administrativas, las mismas

que puede ser desde un cierre temporal de un centro comercial, hasta una papeleta de tránsito. Esta potestad de aplicar una sanción es propia del Derecho Penal y del Derecho Administrativo, siendo este último una ayuda en el control cotidiano de la sociedad puesto que de no haberle reconocido al Derecho Administrativo esta potestad muchas conductas habrían quedado exentas de una sanción.

Santamaría (2002) citado por Martín Tirado (2004, p.16), señala que la potestad sancionadora es:

(...) la obligatoriedad de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico vigente respecto de los administrados, exige 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 (...)

En otras palabras, la potestad sancionadora responde ante las conductas que contravengan el ordenamiento jurídico, sin que dichas conductas presenten un carácter penal, siendo una manifestación de poder de coerción que el Estado posee y que reconoce a la Administración para así garantizar el orden público de la sociedad.

En la LCE, se le habilita a la Administración Pública para que interponga sanciones administrativas al postor que haya incurrido en alguna de las infracciones contenidas en el numeral 50°.1 del artículo 50° de la LCE. Dicho artículo señala al Tribunal de Contrataciones del Estado como el titular de la imposición de alguna infracción, dentro de un debido procedimiento este Tribunal tendrá que proceder a aperturar un expediente sancionador en donde tendrá que determinar si se configura o no la conducta del ofertante en la infracción tipificada de ser la respuesta positiva tendrá que proceder a aplicar la respectiva infracción y consecuentemente la sanción.

Una de las infracciones tipificadas en el numeral 50°.1 del artículo 50° de la LCE es el literal n) que hemos venido analizando, el cual señala que

constituye una infracción el “presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones”.

Toda infracción tiene como consecuencia la aplicación de una sanción, es el mismo Tribunal de Contrataciones con el Estado quien una vez que determina la infracción impone su respectiva sanción, como señala el numeral 50.4° del artículo 50° de la LCE (2019):

50.4 Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son:

a) Multa: Es la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la oferta económica o del contrato, según corresponda, el cual no puede ser inferior a una (1) UIT, por la comisión de las infracciones establecidas en los literales a), b), d), e), k), l), m) y n) Si no se puede determinar el monto de la oferta económica o del contrato se impone una multa entre cinco (05) y quince (15) UIT. La resolución que imponga la multa establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses. El periodo de suspensión dispuesto por la medida cautelar a que se hace referencia, no se considera para el cómputo de la inhabilitación definitiva. Esta sanción es también aplicable a las Entidades cuando actúen como proveedores conforme a Ley, por la comisión de cualquiera de las infracciones previstas en el presente artículo.

b) Inhabilitación temporal: Consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los

Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones (...) en caso de reincidencia en la infracción prevista en los literales m) y n). (...)

c) Inhabilitación definitiva: Consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, (...) (pp.23-24).

Las sanciones son consecuencias jurídicas derivadas de la propia ley, que derivadas de un cuerpo de infracciones dentro del procedimiento de las contrataciones del Estado. La Administración, que debe garantizar que su imposición se sujeten a un debido procedimiento, teniendo en cuenta el reglamento y la legalidad de la norma; así, las contrataciones con el Estado garantizan seguridad a sus participantes, esta actuación tiene que desarrollarse en el marco de todos los principios en especial del principio de publicidad que garantizará la transparencia del proceso de contratación, puesto que al ser público cualquier persona podrá tomar conocimiento de las actuaciones de la Administración.

En ese orden de ideas, y en atención al carácter público que debe respetar las Contrataciones con el Estado, es necesario que la aplicación de sanciones a un determinado postor sea público de conformidad con lo que señala el numeral 50.9° del artículo 50° de la LCE (2019):

50.9 Las sanciones se publican en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). La publicación de los sancionados incluye información de los socios o titulares y de los integrantes de los órganos de administración, así como el récord de sanciones de los últimos cuatro (4) años, de conformidad con el procedimiento previsto en el reglamento. (p.24)

Esta situación ayudaría contrarrestar las prácticas desleales que en la actualidad han golpeado a los procesos de contrataciones con el Estado. Sin embargo, no son suficientes.

La incorporación del literal n) al numeral 50.1º del artículo 50º de la LCE supone la imposición de una sanción que puede ser una multa, una inhabilitación temporal o una inhabilitación definitiva - y sus matices propios de cada sanción mencionadas líneas anteriores – restringiendo la participación de los ofertantes que incurran en dicha infracción tipificada.

Con la incorporación del inciso n) ‘presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundado al pliego de absolución de consultas y/u observaciones’ se le otorga a la Administración la potestad de poder imponer una multa, una inhabilitación temporal o si considera pertinente la Administración una inhabilitación definitiva, claro está debidamente motivada, sin embargo, este inciso genera que la Administración valore la intencionalidad del postor y esta valoración se haga a través de una potestad discrecional acompañada de dos conceptos jurídicos indeterminados ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’.

Propiciando que la Administración a través del procedimiento sancionador entre en un plano de responsabilidad subjetiva, tomando en cuenta la voluntad o intención que tuvo el ofertante al momento de determinar si su ejercicio de derecho de utilizar el pliego fue adecuado o por el contrario resultó ser maliciosa o manifiestamente infundado.

Es importante que el proceso de contrataciones con el Estado esté garantizado por normas que coadyuguen al correcto desarrollo del procedimiento de contrataciones del Estado y no con normas que generen situaciones que podrían en la mayoría de casos devenir en arbitrariedades.

La Real Academia Española (2019) define a la arbitrariedad como: “Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, dicho de otra manera, lo arbitrario es contrario a un razonamiento adecuado que funde sus criterios en hechos racionales, la arbitrariedad carece de racionalidad pues es una actuación antojadiza que persigue intereses personales.

No podemos generar situaciones que den paso a arbitrariedades por parte de la Administración Pública, un Estado Social Democrático de Derecho tiene que dotar a su ordenamiento jurídico de normas que no atenten contra la legitimidad de la Constitución Política, solo así no se perderá el sentido que deben tener todas las normas al ser promulgadas, garantizando el respeto de un debido procedimiento administrativo y sobre todo un correcto uso de la potestad sancionadora de la Administración Públicas.

1.7.2.4 ¿Resulta jurídicamente adecuado haber incorporado el literal n) al numeral 50.1 del artículo 50° de la ley de Contrataciones del Estado?

Las contrataciones del Estado, a lo largo del tiempo han permitido que una sociedad mejore su calidad de vida, lo que implica mucho esfuerzo y sobre todo un enorme gasto económico que tiene que asumir el Estado.

Para lograr este fin, es necesario que las reglas que rigen el proceso de contrataciones estatales se encuentren debidamente orientada a este fin, para lo cual se requiere normas claras, que garanticen el procedimiento de contrataciones del Estado.

La incorporación del literal n) del numeral 50.1 de la LCE (2019), señala que: “presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundado al pliego de absolución de consultas y/u observaciones” (p.23). Desarrolla en su contenido varios aspectos que hemos desarrollado con anterioridad como lo son: el pliego de absolución de consultas, los conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad y la potestad sancionadora.

Este corto literal, involucra una habilitación muy amplia a la Administración, facultad que responde a la utilización de un elemento volitivo y la percepción que pueda sentir la Administración, dejando al administrado en un plano

desventajoso ante una Administración habilitada por la ley -a través del literal n) del numeral 50.1 de la LCE- de manera exorbitante.

Si el ofertante no considera claro algunos considerandos que se han consignado en las bases y necesita que le esclarezcan dichas reglas de juego, necesitará utilizar el pliego de absolución de consultas, en donde hará su consulta explicando los motivos que le llevan a ejercer este derecho. Se sabe que toda consulta a través del pliego debe ser debidamente motivada para que esta acción se ajuste a derecho y de esta manera evitar las prácticas desleales que se puedan presentar. Por su parte la Administración Pública, tiene dos posibles actuaciones, la primera es absolver la consulta y realizar un pronunciamiento de la misma y la segunda es considerar que su acción es ‘maliciosa’ o ‘manifiestamente infundada’.

Supongamos que opta por la primera opción, como podría demostrar la Administración que esa acción del ofertante fue porque efectivamente no tenía claro algunas de las reglas establecidas en las bases, no podrá demostrar de manera objetiva esta postura sino a través de presunciones y valoraciones subjetivas que así considere pertinente para el respectivo caso. Y cómo demostrará el postor a través de mecanismos objetivos que así fue su conducta si su acción se puede tomar de manera maliciosa o de manera adecuada de acuerdo al criterio de la Autoridad Administrativa.

Utilizando el mismo ejemplo, supongamos que la Administración, considera que el ofertante quiere dilatar el proceso por eso presenta un pliego de absolución de consultas y/o de observaciones, por lo que se le aplicará la configuración de la infracción y consecuentemente una sanción, empero cómo podrá la Administración determinar que efectivamente esa fue la intención del postor si esa intención corresponde a un plano subjetivo que aún siendo cierto solo sabe el postor. Dependerá del criterio de la autoridad que tenga que determinar ese caso.

Ahora, cómo se diferenciará situaciones donde varios administrados hagan uso del ejercicio del pliego de absolución de consultas y/u observaciones, para determinar cuando existe una conducta maliciosa o manifiestamente infundada del uso del pliego. Así mismo, si estos casos se presentan a dos o más representantes de las Entidades cuál será el criterio que la Administración

tomará para resolver adecuadamente sin que se cometan vulneraciones por una mala percepción de la Entidad Administrativa.

La incertidumbre que genera el literal n) del numeral 50.1° del artículo 50, de la LCE, no es propio de un Estado que pretende contar con una Administración Pública fortalecida, debido a que los conceptos ‘maliciosos’ o ‘manifiestamente infundados’ son términos indeterminados que implican contar con la percepción que tenga la autoridad Administrativa para poder adecuarla a la norma, generando una incertidumbre en la medida que lo que resulta malicioso para algunos no lo es para otros de igual manera lo que resulta manifiestamente infundado para un sector no lo será para otros.

Por lo que, dependerá de la Autoridad y sus parámetros de lo que considere o no como malicioso o manifiestamente infundado, siendo así, resulta inadecuado haber incorporado el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE, porque atenta contra la seguridad jurídica, ya que el ofertante no tendrá la certeza de cómo será tomada su acción si desea hacer uso de su derecho de utilizar el pliego de absolución de consultas y/u observaciones, limitando así el ejercicio del uso del pliego de absolución de consultas y/u observaciones, limitando así el ejercicio del uso del pliego de consultas y/u observaciones dentro de un proceso de contrataciones con el Estado.

Siendo así, es necesario que se modifique la LCE y se elimine el literal n) del numeral 50.1° del artículo 50° de la LCE, para garantizar un procedimiento de contratación con el Estado que garantice el fortalecimiento de la Administración Pública.

No permitiendo situaciones que atentan contra la seguridad jurídica, el principio de predictibilidad y los principios de la LCE. Así también, evitar que se apliquen sanciones en atención a una responsabilidad subjetiva.

II. MATERIAL Y MÉTODOS

2.1. Tipo y diseño de la investigación

Esta investigación es Explicativa, porque va a permitir evaluar determinadas situaciones más allá de solo describir los procesos, se utilizará la recolección de datos como herramienta que permitirá identificar la relación que pueda existir entre dos o más variables y explicar el porqué de su manifestación o incorporación. Siendo así posible entender a través de fundamentos que se desarrollen a lo largo de la investigación.

A través de este tipo de diseño, podremos determinar si resulta o no adecuado la incorporación del literal n) al numeral 50.1 artículo 50° de la LCE, en donde describiremos las posibles situaciones en las cuales se pueda desarrollar el literal antes mencionado.

Asimismo, el diseño de la investigación es: no Experimental, ya que las variables no serán manipuladas, esto es, experimentar con los fenómenos que originan la investigación, pero si se podrá analizar y explicar el por qué de los fenómenos que se puedan presentar en la explicar, así como también describir sus consecuencias.

Esta investigación es cuantitativa, ya que es materia de la investigación social esta herramienta es la más adecuada, debido a que buscaremos identificar y resolver el problema que dio origen a esta investigación, siendo necesario para ello que no se manipulen las variables como ya hemos señalado. Así también, es cuantitativa, ya que se ha utilizado como técnica la encuesta aplicada un sector de la población -abogados-, para que respondan de determinadas preguntas sobre un tema en particular, utilizando como instrumento de medición unas encuestas y así poder generar una posición que se vea reflejada en cifras.

De tipo básica, ya que, se podrá recolectar la información necesaria que permita materializar la investigación a través de encuestas.

Con la finalidad de alcanzar el objetivo general de la investigación, Resulta jurídicamente incorrecto haber incorporado términos indeterminados a la LCE

en un acapice que restringe derechos de los administrados” recogidas en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50° de la Ley de Contrataciones con el Estado, a fin de evitar decisiones arbitrarias de la Administración Pública, se procederá a investigar a través de la reunión de diversas fuentes que permitirán analizar organizar nuestra información con la finalidad de alcanzar los fines perseguidos (entre libros, artículos de revistas, jurisprudencias y recursos electrónicos).

2.2. Población y muestra

La población y muestra en las investigaciones son fundamentales, ya que permiten delimitar el problema de acuerdo a un contexto señalado, la población permitirá sistematizar las deducciones que se obtengan de la investigación.

En la presente investigación se ha determinado como población, al Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado -OSCE- de Chiclayo (12), funcionarios de la Municipalidad Provincial de Chiclayo (8) y a los abogados especialistas en Derecho Administrativo que pertenezcan al Colegio de Abogados de la ciudad de Chiclayo -ICAL- Hasta el 26 de abril del 2019 (883).

Todos ellos se desempeñan dentro de la jurisdicción adscrita a la ciudad de Chiclayo departamento de Lambayeque.

Tabla 1

Abogados incorporados al ICAL hasta el 26 de abril del 2019. 8491

Especialidad	Cantidad	%
Penal	3243	38.2
Civil	2548	30.00
Administrativo	883	10.4
Tributario	280	3.3

Notarial	307	3.6
Ambiental	220	2.6
Constitucional	276	3.3
Laboral	739	8.7
Total	8491	100

Fuente: El Autor - ICAL

Tabla 2

Población encuestada

Descripción	Cantidad	%
Funcionarios de la OSCE	12	1.3
Funcionarios de la Municipalidad	8	0.9
Abogados Especialistas en Derecho Administrativo	883	97.8
Total	903	100

Fuente: El Autor

Fórmula:

$$n = \frac{z^2(N)(P)(Q)}{Z^2(P)(Q) + E^2(N - 1)}$$

Dónde:

n = la muestra

(N) = 903 “Población total”

(P) (Q) = 0.25 “Proporción máxima que puede afectar a la muestra”

Z = 1.96 “El 95% de confianza de nuestro estudio”

E = 0.05 “Margen de error”

$$n = \frac{1.96^2(903)(0.25)}{1.96^2(0.25) + 0.05^2(903 - 1)}$$

$$n = \frac{3.8416 (903)(0.25)}{3.8416 (0.25) + 0.0025(902)}$$

$$n = \frac{867.2412}{3.2154}$$

$$n = 270$$

2.3. Variables y operacionalización.

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS / INSTRUMENTOS
INDEPENDIENTE Modificatoria del artículo 50° numeral 50.1 literal n) de la ley de Contrataciones del Estado.	La presente Ley busca que los recursos públicos sean adecuadamente empleados por la Administración, así poder, establecer una gestión por resultados en donde las necesidades que se requerían cubrir lo sean y puedan alcanzar un máximo valor para la sociedad. (Ley de Contrataciones del Estado, 2019, p. 1)	<ul style="list-style-type: none"> - Discrecionalidad Administrativa - Conceptos jurídicos indeterminados 	<ul style="list-style-type: none"> - Doctrina - Jurisprudencia - Sentencias 	<ul style="list-style-type: none"> - Bibliografía - Encuestas

<p>DEPENDIENTE</p> <p>Evitar la vulneración de los derechos del administrado en el procedimiento administrativo.</p>	<p>“En relación con la aplicación de la normativa, debe indicarse que la actuación de la Administración Pública se encuentra regida por el principio de legalidad. Por lo tanto, todo acto de la Administración debe fundarse en la normativa vigente; es decir, existe una vinculación positiva de la Administración a la ley, de modo que toda actuación administrativa deba referirse a un precepto jurídico” (Opinión N° 005-2008/DOP, 2008, pp.1-2).</p> <p>De lo contrario de vulnerarán el derecho de administrado de utilizar el pliego de absolución de consultas que se encuentra reconocido en la Ley, para garantizar un procedimiento de contratación del Estado, adecuado que respete la norma.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Arbitrariedad - Vulneración a los principios de contratación con el Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> - Doctrina - Jurisprudencia - Sentencias 	<ul style="list-style-type: none"> - Encuestas
---	---	--	--	---

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

2.4.1. Técnica de análisis documental

Esta técnica, es un instrumento que permite recopilar información de diferentes fuentes como: libros, revistas, tesis, doctrina, jurisprudencia, etc. en el cual, se podrá obtener información que respalde cada posición que se vaya tomando a lo largo de esta investigación, así, como también ayudará a que exista variabilidad de conceptos, definiciones, teorías, necesarias para el desarrollo del Derecho Administrativo, y específicamente de las Contrataciones con el Estado. Siendo pertinente utilizar fichas textuales, de resumen entre otras.

2.4.2 Técnica de encuesta

Con esta técnica, se ha podido recopilar información de los especialistas del tema, esto es a los funcionarios de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, específicamente a funcionarios que conforman el Comité Especial a lo largo de diversos procesos de contratación, a los funcionarios del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE – encuestándose a los funcionarios que han sido parte del Tribunal de Contrataciones con el Estado y cargos afines conocedores del tema y a los abogados especialistas en el tema que pertenezcan al Colegio de Abogados de Chiclayo -ICAL-.

Así se obtuvo información, a partir de la experiencia y conocimiento de estas personas que permitirán obtener los datos que permitan verificar las variables, de manera confiable y objetiva.

2.5. Procedimiento de análisis de datos

Recogidas de la información que se pueda recolectar en las encuestas, validándose así los datos que se puedan obtener a través de personas reconocidas o entendidas en el tema.

Así también, es necesario que la información sea confiable, puesto que, así se podrá garantizar que las fuentes de la investigación sean las idóneas para dar sustento a la investigación, logrando que esta investigación sea coherente en la forma y forma, con seriedad en las diligencias que se tuvieron que aplicar para la elaboración de la presente tesis, como es el caso de las encuestas aplicadas a las personas adecuadas.

2.6. Aspectos éticos

Es imprescindible que esta investigación este impregnada de aspectos éticos que garanticen el respeto de los derechos de autor, donde cada fuente que se cite en la presente investigación no se hagan ideas propias, sino que se le reconozca al autor de las ideas, no alterando o copiando información sin que se trasgredan derechos intelectuales, así se tendrá una investigación bien elaborada.

Otro aspecto fundamental a tener en cuenta es la veracidad, puesto que, así se garantiza que esta investigación es una fuente confiable donde se encuentran datos e información verídicas y citadas que pueden ayudar a futuras investigaciones a manera de referencias.

También es necesario que la investigación sea respetuosa, en el sentido que la diferencia de opiniones permita al lector tomar una posición, y enriquezca así su espíritu de querer investigar o profundizar en un determinado tema. No realizando comentarios negativos que menosprecien o inciten a insultos en la comunidad jurídica.

2.7. Criterios de rigor científico

Se han utilizado para la elaboración de esta investigación los siguientes criterios de rigor científico:

Eficacia, porque a través de este criterio he se podido obtener los resultados deseados basados en información válida que permita sustentar la idoneidad de la presente investigación y así garantizar la confiabilidad de la fuente que representará esta tesis para futuras investigaciones.

Otro de los criterios utilizados es la coherencia, que garantiza la existencia de sintonía a lo largo de la investigación permitiendo que se desarrollen los objetivos tanto general como específico que direccionan el desarrollo de la tesis, por lo que no se genere una contradicción entre los puntos desarrollados: introducción, material y método, discusión de resultados y conclusiones.

Análisis, que permite procesar de manera adecuada la información que se pueda ser pertinente para el desarrollo de esta investigación, así se podrán obtener conclusiones que respondan a la realidad problemática que dio pie al desarrollo de esta investigación.

III. RESULTADOS

3.1 Tablas y figuras

ENCUESTADOS	CANTIDAD	PORCENTAJE
Funcionarios de la OSCE	12	4%
Funcionarios de la Municipalidad	8	3%
Abogados especialistas en Derecho Administrativo	250	93%
TOTAL	270	100%

La población que ha sido encuestada y que está conformada por: funcionarios de la OSCE, funcionarios de la Municipalidad Provincial de Chiclayo y abogados especialistas en Derecho Administrativo, son un total de 270 personas.

Tabla 1

¿Cree Ud. Que la incorporación del literal n) del artículo 50. 1º de la LCE fortalece el desarrollo de las Contrataciones del Estado?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
De acuerdo	79	29%
Parcialmente	59	22%
En desacuerdo	132	49%
TOTAL	270	100%

¿Cree Ud. Que la incorporación del literal n) del artículo 50. 1º de la LCE fortalece el desarrollo de las Contrataciones del Estado?

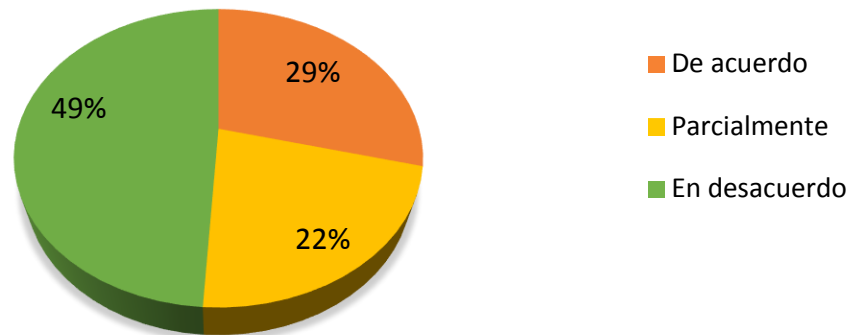


Figura 1. De acuerdo a los datos obtenidos, se puede determinar que el 49% los profesionales encuestados consideran que están en desacuerdo con la incorporación del literal n) del artículo 50.1º de la LCE, pues consideran que no fortalece el desarrollo del procedimiento de las Contrataciones del Estado.

Por su parte, otro sector considera que este literal ayuda en parcialmente al desarrollo de las contrataciones y esto se ve reflejado con el 22% de votación,

Y un número un poco mayor al anterior considera que si esta de acuerdo con la incorporación pues garantiza el desarrollo de las Contrataciones siendo avalado por un 29%.

Tabla 2

¿Considera Ud., que la incorporación del literal n) al numeral 50°. 1 de la LCE tutela efectivamente sus derechos como administrado?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
De acuerdo	73	27%
Parcialmente	78	29%
En desacuerdo	119	44%
TOTAL	270	100%

¿Considera Ud., que la incorporación del literal n) al numeral 50°. 1 de la LCE tutela efectivamente sus derechos como administrado?

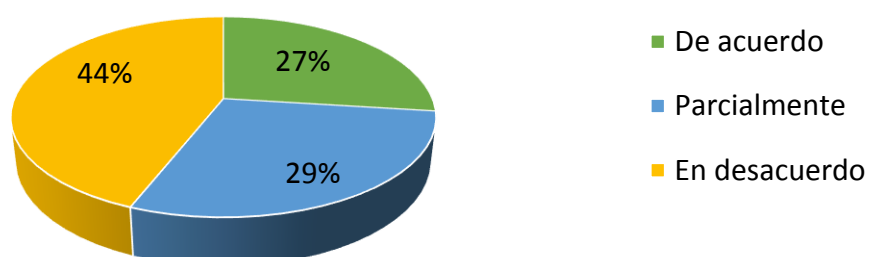


Figura 2. Según los resultados de la encuesta, la mayoría de profesionales coincidió que se encuentra en desacuerdo con un porcentaje del 44% manifestando que este literal no tutela de manera adecuada los derechos del administrado.

El 27% manifestó que si se encuentran de acuerdo al considerar que toda ley garantiza una tutela efectiva de los derechos.

Finalmente, otro sector considera que la tutela efectiva de los derechos de los administrados se garantiza en un 29% con la incorporación del literal n) del numeral 50°.1 de la LCE.

Tabla 3

¿Considera Ud, que la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados al régimen de infracciones de la LCE es adecuada?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
Es adecuada	46	17%
Parcialmente	100	37%
No es adecuada	124	46%
TOTAL	270	100%

¿Considera Ud, que la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados al régimen de infracciones de la LCE es adecuada?

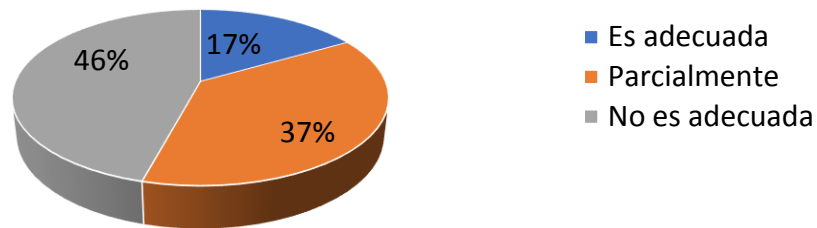


Figura 3. De acuerdo a los datos obtenidos, se puede determinar que el 46% de los funcionarios y abogados encuestados consideran que no es adecuada la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados dentro del régimen de infracciones de la LCE, puesto que resulta muy riesgoso ya que no se encuentran determinados en cuanto a su interpretación.

Por otro lado, el 17% considera que es adecuada la incorporación de estos términos debido a que no solo en Derecho Administrativo se encuentran incorporados los términos indeterminados, sino que en el Derecho en general se encuentran presentes.

Y un número mayor, que refleja un 37% considera que parcialmente es adecuado, no resulta del todo inadecuado.

Tabla 4

¿Cree Ud, que el literal n) del numeral 50°.1 del artículo 50 de la LCE, vulnera los principios del Derecho?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
Si, vulnera los principios de legalidad	97	36%
En algunos supuestos vulnera los principios	124	46%
No vulnera ningún principio	49	18%
TOTAL	270	100%

¿Cree Ud, que el literal n) del numeral 50°.1 del artículo 50 de la LCE, vulnera los principios del Derecho?

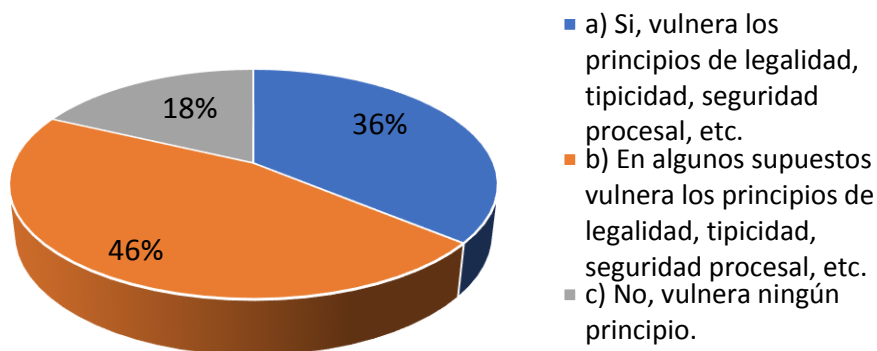


Figura 4. Según los resultados obtenidos, se puede determinar que el 36% de los funcionarios y abogados encuestados consideran que el literal n) del numeral 50°.1 del artículo 50 de la LCE si, vulnera los principios de legalidad, tipicidad, seguridad procesal, etc.

Por otro lado, el 46% considera que en algunos supuestos vulnera los principios de legalidad, tipicidad, seguridad procesal, etc. la incorporación del literal n) del numeral 50°.1 de la LCE.

Y un número menor que refleja un 18% considera que no vulnera ningún principio del derecho.

Tabla 5

¿Ud., cree, que el pliego de absolución de consultas y/u observaciones en un procedimiento de contratación estatal es fundamental?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
Si	162	60%
No	108	40%
TOTAL	270	100%

¿Ud., cree, que el pliego de absolución de consultas y/u observaciones en un procedimiento de contratación estatal es fundamental?

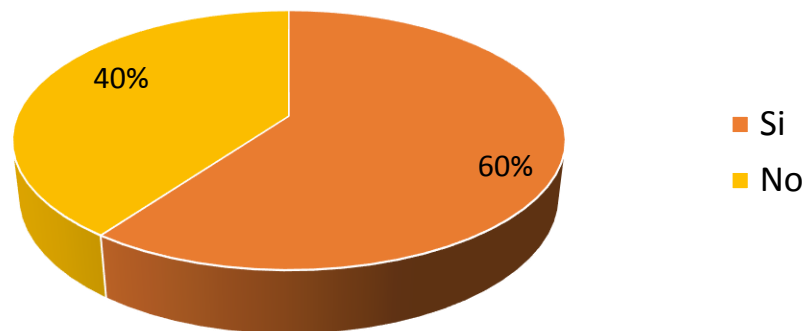


Figura 5. Según los resultados obtenidos la mayoría de profesionales coincidió que el pliego de absolución de consultas y/u observaciones es fundamental dentro del procedimiento de contrataciones con el Estado, y esto se ve avalado por el 60% de los encuestados.

Por otro lado, el 40% considera que no es fundamental la presencia del pliego de absolución de consultas en un procedimiento de contrataciones con el Estado.

Tabla 6

¿Cree Ud., que el literal n) del numeral 50°.1 del artículo 50 de la LCE, restringe el derecho del Administrado a ejercer el uso del pliego de absolución de consultas y/u observaciones?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
Totalmente de acuerdo	98	36%
Parcialmente de acuerdo	86	32%
En desacuerdo	86	32%
TOTAL	270	100%

¿Cree Ud., que el literal n) del numeral 50°.1 del artículo 50 de la LCE, restringe el derecho del Administrado a ejercer el uso del pliego de absolución de consultas y/u observaciones?



Figura 6. Según los resultados obtenidos, se puede determinar que el 36% de los funcionarios y abogados encuestados están totalmente de acuerdo que el literal n) del numeral 50°.1 del artículo 50 de la LCE restringe el derecho del Administrado al ejercer el uso del pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

Por otro lado, el 32% considera que están parcialmente de acuerdo con que la incorporación del literal n) del numeral 50°.1 de la LCE, restringe el derecho de los Administrados a utilizar el pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

Y un número menor que refleja un 32% se muestra en desacuerdo, señalando que la incorporación del literal n) del numeral 50°.1 de la LCE no restringe el derecho de los Administrados a utilizar el pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

Tabla 7

¿Cree Ud., que resulta adecuado habilitar a la Administración Pública, potestades discrecionales para determinar infracciones y consecuentemente aplicar sanciones a los administrados?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
Totalmente de acuerdo	80	30%
Parcialmente de acuerdo	95	35%
En desacuerdo	95	35%
TOTAL	270	100%

¿Cree Ud., que resulta adecuado habilitar a la Administración Pública, potestades discrecionales para determinar infracciones y consecuentemente aplicar sanciones a los administrados?

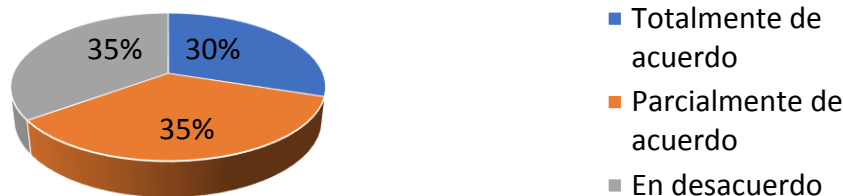


Figura 7. De acuerdo a los datos obtenidos, se puede determinar que el 30% de los profesionales encuestados consideran que están totalmente de acuerdo con que se le habilite a la Administración Pública potestades discrecionales para determinar infracciones y consecuentemente aplicar sanciones a los administrados.

Otros se encuentran parcialmente de acuerdo con que se le habilite a la Administración Pública potestades discrecionales para determinar infracciones y consecuentemente aplicar sanciones a los administrados, y se ven reflejados con un 35%.

Finalmente 35% se encuentra en desacuerdo con estas potestades discrecionales que tiene la Administración Pública para determinar si se cometió una infracción y por lo tanto aplicar una sanción.

Tabla 8

Ud., cree que las modificaciones a la LCE han sido las adecuadas, y que por tal han resuelto y previsto muchos inconvenientes que se presentan en el procedimiento de Contrataciones del Estado?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
Totalmente de acuerdo	41	15%
En la mayoría de casos	112	42%
En algunos casos	49	18%
En desacuerdo	68	25%
TOTAL	270	25%

Ud., cree que las modificaciones a la LCE han sido las adecuadas, y que por tal han resuelto y previsto muchos inconvenientes que se presentan en el procedimiento de Contrataciones del Estado?



Figura 8. Según los resultados obtenidos, se puede determinar que el 15% de los funcionarios y abogados encuestados consideran las modificaciones de la LCE han sido las correctas y fortalecido el procedimiento de Contrataciones del Estado.

El 42% considera que en la mayoría de casos las modificaciones a la LCE han sido las adecuadas.

Un 18% manifiesta que solo en algunos casos estas modificaciones realizadas a la LCE han fortalecido al procedimiento de Contrataciones del Estado.

Y el 25% de los encuestados se encuentra en desacuerdo, señalando que las modificaciones no han resuelto ni previsto los inconvenientes que se presentan en el procedimiento de Contrataciones del Estado.

Tabla 9

¿Qué cree Ud., que es más adecuado?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
Eliminar el literal n)	175	65%
Desarrollar el contenido del literal n)	41	15%
Desarrollar en el reglamento los supuestos en los cuales se configura la infracción contenida en el literal n)	54	20%
TOTAL	270	100%

¿Qué cree Ud., que es más adecuado?

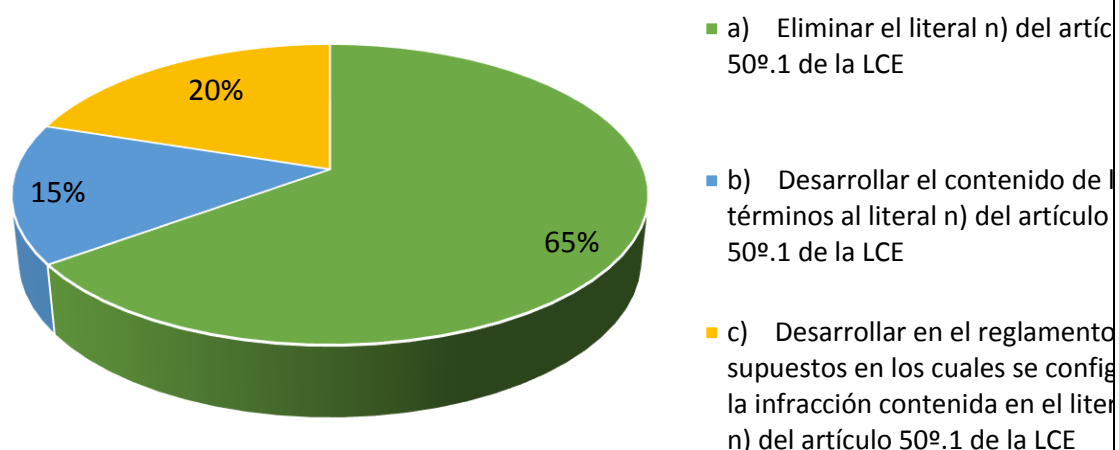


Figura 9. De acuerdo a los resultados obtenidos, se puede determinar que el 65% de los funcionarios y abogados encuestados consideran que es más adecuado Eliminar el literal n) del numeral 50º.1 de la LCE.

El 15% considera que se debe desarrollar el contenido de los términos del literal n) del numeral 50º.1 de la LCE.

Un 20% cree que se debería desarrollar en el reglamento los supuestos en los cuales se configura la infracción contenida en el literal n) del artículo 50º.1 de la LCE.

Tabla 10

¿Cuál término indeterminado cree Ud., que podría conservarse en la LCE por resultar más acorde a derecho?

RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
Malicioso	94	35%
Manifiestamente infundado	54	20%
Ninguno de los términos	122	45%
TOTAL	270	100%

¿Cuál término indeterminado cree Ud., que podría conservarse en la LCE por resultar más acorde a derecho?

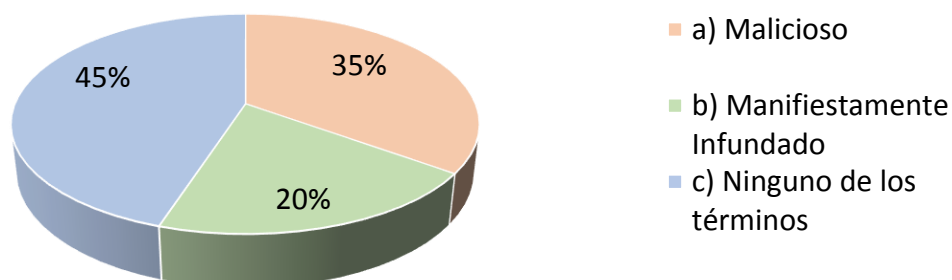


Figura 10. Según los resultados obtenidos, se puede determinar que el 35% de los funcionarios y abogados encuestados consideran que el término Malicioso es el término indeterminado que podría conservarse en la LCE por resultar más acorde a derecho.

Por otro lado, el 20% considera que el término que podría considerar dentro del literal n) del numeral 50°.1 de la LCE es: Manifiestamente infundado.

Y un número mayor que representa un 45% señalan que los encuestados no consideran que estos términos deban estar incorporados en la LCE.

1.2. Discusión de resultados

La presente investigación, tiene como hipótesis que: La incorporación del literal n) al numeral 50°.1 de la Ley de Contrataciones con el Estado, puede generar mucha controversia en el desarrollo de las contrataciones estatales restringiendo al contratista el ejercicio de recurrir al pliego de absolución de consultas cuando así lo considere prudente por temor a la interpretación que realizará la Administración Pública al momento de determinar si el actuar del postor califica como ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’.

En este punto, puedo dar respuesta a la hipótesis que sustentó esta investigación, y es que, el literal n) del numeral 50°.1 de la LCE señala que: “presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundado al pliego de absolución de consultas y/u observaciones”, es una infracción. Tal redacción genera controversias, porque el texto está acompañado de dos términos - ‘malicioso’ y ‘manifiestamente infundado’ – términos jurídicamente indeterminados que no resulta adecuada su incorporación en ese literal porque dicho literal se encuentra en el apartado que regula las infracciones de la LCE, por lo que todo ese acápite tiene que ser claro y preciso.

El problema surge, cuando no se desarrolla en la Ley o el Reglamento más sobre este literal, dejando a la Administración Pública la potestad de ejercer una interpretación -que aún basada en derecho- puede lesionar los derechos de los administrados. Porque, al ser conceptos indeterminados la Administración Pública tendrá que adoptar un criterio de cómo se entenderá el término ‘malicioso’ o ‘manifiestamente infundado’ para lo cual tendrá que recurrir a su significado semántico pero además a sus propias convicciones puesto que lo que resulta malicioso para algunas personas no lo es para otros, entonces; abrimos una puerta de disparidad de criterios puesto que, la configuración de la infracción dependerá de la Autoridad que tenga que analizar el caso en concreto y de lo que signifique para él malicioso o manifiestamente infundado no existiendo uniformidad en la determinación de si estamos o no frente a la infracción regulada en el literal n) del numeral 50°.1 de la LCE.

Por lo tanto, respondiendo al problema de la investigación ¿Es correcto que la Administración Pública haya incorporado términos indeterminados cuando se trate de

aplicar una sanción que restringe derechos al Administrado? La respuesta es no, porque el uso del pliego ayuda al postor a que se encuentra en igualdad de condiciones permitiéndose que la Administración Pública le aclare algunas cuestiones necesarias para el postor y así poder ofertar de la manera más adecuada, así también, el pliego de observaciones permite al postor hacer ver a la Administración que en las bases se encuentra una norma que contraviene el ordenamiento jurídico, ayudando a mejorar el procedimiento de contrataciones con el Estado. Por lo que, al no existir uniformidad de criterios y depender de la interpretación que pueda adoptar la Administración Pública, el postor se verá limitado de hacer uso del pliego de absolución de consultas y/u observaciones puesto que no sabrá si su recurso será tomado como ‘malicioso’, ‘manifiestamente infundado’ o como válido.

Otro, aspecto fundamental que es necesario mencionar es sin duda, que efectivamente existirán situaciones en las que el postor haga uso incorrecto del pliego y cuya intención real no sea el esclarecimiento o advertencia de alguna norma presente en la base, pero aun siendo así, la Administración no podrá demostrar tal situación porque sigue estando en un plano subjetivo, es decir en la siquis del postor porque sólo él sabrá la real intención.

Es necesario, además, demostrar que no tiene un correcto sentido esta norma, para lo cual iremos a otra rama del derecho que nos permitirá ejemplificar y así poder entender mejor lo que se pretende explicar; en un proceso penal, en el que la pretensión es el delito de Estafa y el Juez resuelve declarar el proceso infundado, ¿tiene que recibir una sanción la parte que solicitó tutela jurisdiccional efectiva? La respuesta es no, entonces por qué la LCE ampara este supuesto, que si tu recurso del pliego resulta infundado se configura una infracción por lo tal tiene que ser merecedor de una sanción, esto no es jurídicamente válido.

Ahora bien, este literal no fortalece el sistema jurídico, ni ayuda a mejorar la LCE, por el contrario, puede generar situaciones arbitrarias que se encuentran disfrazadas, por la interpretación y las potestades discrecionales por lo que resulta más adecuado eliminar dicho literal, en aras de garantizar un procedimiento de contrataciones adecuado.

Todas estas afirmaciones se pueden ver respaldadas por los resultados de la encuesta aplicadas a funcionarios de la OSCE y de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, así como también; a los abogados especialistas en la materia.

En la figura 1 se puede observar que, un total de 49% de los encuestados señaló que no debió incorporarse este literal n) al numeral 50.1° a la LCE, representando una mayoría que respalda la postura que he tomado en esta investigación y teniendo un 29% como minoría que encuentra oportuno su incorporación, considerando que se puede mejorar algunos aspectos de redacción que permitan conservar dicha infracción. La razón de esta pregunta poder medir el impacto de la explicación previa que se hizo respecto del tema para que así profesionales del tema puedan tomar una posición.

En la figura 2, un 44% de encuestados considera que este literal no tutela adecuadamente los derechos que tiene el administrado -postor- dentro del procedimiento de contrataciones con el Estado.

En la figura 3 se ha obtenido resultados similares siendo que la gran mayoría representada por el 46% de los encuestados consideran que utilizar conceptos jurídicos indeterminados dentro del acápite que regula las infracciones de la LCE, no es adecuado. Así mismo.

En la figura 4 se puede apreciar que la gran mayoría de los encuestados señalan que este literal en algunos supuestos vulnera diversos principios del derecho, representado por un 46%.

Respecto a la figura 5, el 60% considera que el pliego de absolución de consultas y/u observaciones es fundamental dentro del procedimiento de contrataciones con el Estado.

La figura 6, con un 36% del porcentaje total de los encuestados considera que este literal restringe el uso del pliego por parte del postor, debido a la incertidumbre que se ha explicado a lo largo de esta investigación.

La figura 7, de la encuesta señala un 35% a favor y un 35% en contra respecto a que se le otorgue a la Administración Pública potestades discrecionales, siendo que un 30% se encuentra parcialmente de acuerdo, por lo que, respecto de esta pregunta podemos concluir que la mayoría considera que si está bien pero que se tiene que regular para que no se generen situaciones de arbitrariedad.

La figura 8, refleja la conformidad de la gran mayoría con un porcentaje del 42% de profesionales encuestados quienes consideran que las modificaciones a la LCE han sido las adecuadas.

Respecto a la figura 9, manifiesta a través de un 65% de los encuestados que es más adecuado eliminar el literal n) del numeral 50°.1 de la LCE, siendo esta pregunta de la encuesta la que respalda nuestra posición.

Finalmente, la figura 10, muestra resultados donde el 45% de los encuestados no consideran que estos términos deban estar incorporados en la LCE.

Con los porcentajes que hemos obtenido podemos concluir que el literal n) del numeral 50°.1 de la LCE, restringe el uso del pliego de absolución de consultas y/u observaciones y genera una situaciones de desigualdad de condiciones al postor frente a una Administración Pública incuestionable, siendo lo más adecuado para garantizar igualdad de condiciones y que se vean respetados los principios de la LCE, del derecho Administrativo y del Derecho en general, que este literal que contiene términos jurídicos indeterminados dentro del régimen de infracciones sea eliminado.

Para finalizar, es importante señalar que no los términos indeterminados no son malos por su solo existencia, ya hemos explicado en un acápite completo todo lo que debemos entender de estos términos. Sin embargo; tal como está redactado el literal n) resultan estos términos malos para lo que se pretende regular, porque abren muchas posibilidades de situaciones que no fortalecerían el procedimiento de contrataciones. quizá si su incorporación hubiera estado en otra parte de la ley y no en el régimen de infracciones otro hubiera sido el panorama.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. Las Contrataciones con el Estado cumplen un rol fundamental en el desarrollo de un país, si un Estado cuenta con una normativa que regule adecuadamente el procedimiento de contrataciones del Estado, esto se verá reflejado en el bienestar común de la población, es imprescindible que exista las exigencias tanto a la Administración pública como a los administrados de realizar un adecuado uso de los recursos públicos, para ello es imprescindible contar con personas capacitadas y que cubran las plazas que proyecten y gestionen los concursos públicos así se exigirán al contratista obras, bienes o servicios de calidad que permitan mejorar la vida de toda una sociedad.

2. Se debe fortalecer la correcta práctica de las potestades discrecionales, para que estas no devengan en actuaciones arbitrarias, por ellos es necesario que la discrecionalidad tenga en cuenta los requisitos de: razonabilidad, el fin de la norma para la cual fue dada y la motivación para dotar a esa potestad discrecional - que supone un margen de libertad otorgada a la Administración Pública – de sustento legal.

3. Los conceptos jurídicos indeterminados no son malos o suponen un riesgo su incorporación en el derecho y por consecuencia su presencia en la Ley de Contrataciones del Estado, sin embargo, se debe tener en cuenta en donde se realizará su incorporación. Resulta inadecuado incorporar estos términos jurídicos indeterminados en el régimen de infracciones y sanciones de la Ley de Contrataciones del Estado pues ante situaciones que tendrán una consecuencia jurídica resulta lesiva su incorporación debido a que el principio de Legalidad debe garantizarse en el marco de infracciones para garantizar así una imputación objetiva y revestida de un debido procedimiento administrativo.

4. Es imprescindible que toda incorporación o modificación a la Ley de Contrataciones del Estado, se haga adoptando las medidas necesarias para asegurar la predictibilidad y no generar situaciones de incertidumbre jurídica, que acarree la vulneración a otros derechos conexos.

RECOMENDACIONES:

1. Modificar el artículo 50° numeral 50.1 literal n) de la ley de contrataciones con el Estado para evitar la vulneración de los derechos del administrado. Entendido en el respecto que merece el pliego de absolucón de consultas y observaciones en el marco de las contrataciones del Estado.
2. Respetar los principios de los de las contrataciones del Estado. Ya que así se garantizará un procedimiento con arreglo a ley, brindando al administrado una seguridad jurídica que salvaguardará la protección de sus derechos: a un debido procedimiento, a participar de un procedimiento público, a encontrarse en igualdad de condiciones, etc.
3. Velar por la transparencia de los procesos de las contrataciones con el Estado, y así fortalecer el procedimiento de contrataciones con el Estado evitando prácticas que atenten contra las leyes y buenas costumbres, por parte del administrado como de la Administración Pública.

REFERENCIAS

Aliaga, H. (2010), Gestión Pública y Desarrollo. *Principios en la Ley de Contrataciones del Estado. Volumen* (N° 5), [p. 3.-9].

Ara, I. (2004). Anuario de Filosofía del Derecho. *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. Volumen* (N° 21), [p.108.-111].

Baca, V. (2012). Círculo de Derecho Administrativo. *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia Del tribunal Constitucional Peruano, Volumen* (N° 11), [p.175.-183].

Bielsa, R. (1947). *Derecho administrativo, legislación Administrativa Argentina*, 4a ed. Tomo II, Buenos Aires: EL ATENEIO.

Comadira, J. (2000) *La Licitación Publica (Nociones, principios, cuestiones)*, Buenos Aires: Desalma.

Cassagne, J. (2010). *Derecho Administrativo*. Tomo II. Perú: Palestra Editores.

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) 2013 Ed. Editorial MV FENIX E.I.R.L

Effio, A. (2013). *Participación de socios comunes en procesos de selección según relación de ítems. Opinión N° 015-2013/DTN*. (OSCE). Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/.../Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%...>

Falcón, M. (2005). *Equidad, Derecho y Justicia*. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces. Recuperado de <https://books.google.com.pe/books?id=JmGnDAAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=equidad&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiGierQhtHjAhUJuVkkHUpHAo8Q6AEILjAB#v=onepage&q=equidad&f=false>

Gallardo, M. (2015). *El acto administrativo es un procedimiento administrativo sancionador a través de la utilización de medios electrónicos – caso foto papeletas*. (Tesis para optar el grado de Abogados). USAT, Chiclayo.

García, R. (2003). Anuario de filosofía del derecho. *Determinar lo indeterminado sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*. Volumen (Nº 20), [p.110.-117].

Guzmán, C. (2012). ET VERITAS. *Los principios generales del derecho administrativo*. Volumen (Nº 38), [p.1.-22].

Guzmán, C. (2016) *Los procedimientos administrativos sancionadores en las entidades de la Administración Pública*, Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Gordillo, A. (2000). *Introducción al derecho*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado de www.gordillo.com.ar

Hartmut, M. (2011). *Derecho Administrativo Parte General*. Traducción Coordinada por Doménech, Gabriel (Coord), Madrid: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Ivanega, M. (2005). *Principios de la Administración Pública*. Buenos Aires: ABACO.

Ley de Contrataciones con el Estado Nº 30225 (2019).

La Ley de Procedimiento Administrativo General Nº 27444 (2019) Recuperado de <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/27444.pdf>

Moraga, C. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo, La actividad formal de la administración del Estado*, Santiago: Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing.

Mantilla, P., Vergel, C. & López J. (2005). *Medición de la sostenibilidad ambiental*. Colombia: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia. Recuperado de <https://books.google.com.pe/books?id=iyYiBXadTjMC&printsec=frontcover&dq=sostenibilidad+ambiental&hl=es->

[419&sa=X&ved=0ahUKEwjCw67a_9DjAhWyzlkKHVEWCOMQ6AEIKDAA#v=onepage&q=sostenibilidad%20ambiental&f=false](https://www.osce.org/pe/419&sa=X&ved=0ahUKEwjCw67a_9DjAhWyzlkKHVEWCOMQ6AEIKDAA#v=onepage&q=sostenibilidad%20ambiental&f=false)

Martín, R. (2004). Derecho & Sociedad. *El ejercicio de la potestad sancionadora de CONSUCODE y los límites formales para la aplicación del recurso de reconsideración. Volumen* (Nº 23), [p. 16.-22].

Ministerio de Energías y Minas (2008). Opinión N° 005-2008/DOP. Recuperado de [www.osce.gob.pe > userfiles > archivos > 005 -08 - MEM - DIREC GRAL](http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/005-08-MEM-DIRECGRAL)

Núñez, M. (2013). *Los conceptos jurídicos indeterminados: La mercadería controversias y soluciones*. Quito: Corporación Editora Nacional. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4038/1/SM132-Nuñez-Los%20conceptos.pdf>

OSCE. (2014). *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*. (OSCE). Recuperado de http://www.osce.gob.pe/consumcode/userfiles/image/cap1_m3_prov.pdf

OSCE. (2019). *Plan Anual de Contrataciones, DIRECTIVA N° 002-2019-OSCE/CD* (OSCE). Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas_2019/DIRECTIVA_02-2019-OSCE.CD_PAC.pdf

OSCE. (2014) *Área usuaria, Órgano encargado de las contrataciones y Comité especial*. (OSCE). Recuperado de http://www.osce.gob.pe/consumcode/userfiles/image/cap3_m2.pdf

OSCE. (2016). *Disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones. Resolución N° 274-2016-OSCE/PRE*. (OSCE). Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Resoluciones/Resolucion%20274-2016-OSCE-PRE.pdf>

[20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas2016/con_resolucion/Directiva%20023-2016-OSCE-CD_Resol%20274-2016-OSCE-PRE.pdf](#)

OSCE. (2017). *Acciones de Supervisión a pedido de parte Directiva N° 004-2017-OSCE/CD.* (OSCE). Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/DIRECTIVAS_2017-DL1341/Directiva%20004-2017%20-%20Directiva%202017-OSCE.CD%20%20Acciones%20de%20supervisi3n_VF.pdf

Parejo, L. (2007). *Contratos Administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. El régimen jurídico general de la Contratación Pública en España.* México: UNAM.

Piazuelo, I. (2018). Revista de Derecho Civil. *Estudios Universidad de Zaragoza. Volumen V (N° 1)*, [p.99.-131].

Real Academia Española (2019).

Retamozo, A. (2017). *La impugnación de las bases en los procesos de contrataciones con el estado*, 1a ed. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A

Rodríguez, J. (2011). Revista de la Facultad de Derecho PUCP. *¿Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo?*, Volumen (N° 67), [p. 207.-229]. Recuperado de <file:///C:/Users/LITA/Downloads/2991-13679-2-PB.pdf>

Santos, C., Pando, J. & Mock, F. (2009). *La Administración Pública en la Constitución.* Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Sayagues, E. (1940). *La Licitación Pública*, Montevideo: Peña & Cia Impresores.

Morón, J. (2016). *La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*, 1a ed. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (11 de noviembre de 2003) Expediente N° 0008-2003-AI/TC. [MP Alva Orlandini] Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (17 de mayo de 2004) Expediente N° 0020-2003-AI/TC. [MP Alva Orlandini] Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>

Tribunal de Contrataciones y adquisiciones del Estado (14 de septiembre del 2005) Expediente N° 934-2005.TC-SU.

Tribunal de Contrataciones y adquisiciones del Estado (24 de abril del 2015) Resolución N° 138-2017-TCE-S4.

Valdivia, C. (2004). *Manual de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado*. 1a ed, Perú: Entre Líneas S.R. Ltda.

ANEXOS
UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

ENCUESTA

**MODIFICATORIA DEL ARTICULO 50° NUMERAL 50.1 LITERAL N) DE LA
LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA EVITAR LA
VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL ADMINISTRADO EN EL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.**

INSTRUCCIONES: Leer adecuadamente el resumen de la encuesta y marcar la alternativa que Usted, considere adecuada, esta encuesta permitirá a través de las preguntas sustentar la hipótesis y el problema que desarrolla esta investigación. Agradeciendo de antemano su participación y recordándoles que esta encuesta es anónima.

RESÚMEN: El literal n) del numeral 50. 1° del artículo 50° de la Ley de Contrataciones con el Estado -LCE- señala que: “presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones” constituye una infracción que tendrá una sanción. Sin embargo, el problema surge al momento de determinar los criterios de interpretación de este literal, puesto que, se trata de un literal que contiene conceptos jurídicos indeterminados que pueden ser interpretados de manera dispersa dependiendo del criterio de la autoridad correspondiente, no existiendo uniformidad de criterios al momento de determinar si se incurrió o no en esta infracción. Por otro lado, se limita al postor el ejercicio del uso del pliego, pues no sabrá si utilizar este recurso se tomará como malicioso o manifiestamente infundado, y, por lo tanto, se aplicará una sanción, abriendo las puertas a la arbitrariedad.

1. ¿Cree Ud. Que la incorporación del literal n) del numeral 50.1 del artículo 50°. 1 de la LCE fortalece el desarrollo de las Contrataciones del Estado?

- a) De acuerdo
- b) Parcialmente
- c) En desacuerdo

2. ¿Considera Ud., que la incorporación del literal n) al numeral 50. 1 del artículo 50° de la LCE tutela efectivamente sus derechos como administrado?

- a) De acuerdo
- b) Parcialmente
- c) En desacuerdo

3. ¿Considera Ud, que la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados al régimen de infracciones de la LCE es adecuada?

- a) Es adecuada
- b) Parcialmente
- c) No es adecuada

4. ¿Cree Ud, que el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50° de la LCE, vulnera los principios del Derecho?

- a) Si, vulnera los principios de legalidad, tipicidad, seguridad procesal, etc.
- b) En algunos supuestos vulnera los principios de legalidad, tipicidad, seguridad procesal, etc.
- c) No, vulnera ningún principio.

5. ¿Ud., cree, que el pliego de absolución de consultas y/u observaciones en un procedimiento de contratación estatal es fundamental?

- a) Sí.
- b) No.

6. ¿Cree Ud., que el literal n) del numeral 50°. 1 del artículo 50° de la LCE, restringe el derecho del Administrado a ejercer el uso del pliego de absolución de consultas y/u observaciones?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) En desacuerdo

7. ¿Cree Ud., que resulta adecuado habilitar a la Administración Pública, potestades discrecionales para determinar infracciones y consecuentemente aplicar sanciones a los administrados?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) En desacuerdo

8. ¿Ud., cree que las modificaciones a la LCE han sido las adecuadas, y que por tal han resuelto y previsto muchos inconvenientes que se presentan en el procedimiento de Contrataciones del Estado?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) En la mayoría de casos
- c) En algunos casos
- d) En desacuerdo

9. ¿Qué cree Ud., que es más adecuado?

- a) Eliminar el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50° de la LCE
- b) Desarrollar el contenido de los términos al literal n) del numeral 50.1 del artículo 50° de la LCE
- c) Desarrollar en el reglamento los supuestos en los cuales se configura la infracción contenida en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50° de la LCE

10. ¿Cuál término indeterminado cree Ud., que podría conservarse en la LCE por resultar más acorde a derecho?

- a) Maliciosos
- b) Manifiestamente Infundado
- c) Ninguno de los términos

Gracias.