

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Reflexiones y alternativas a la garantía por interposición del recurso de apelación en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

AUTOR

Gonzalo Orlando Mayorca Munive

ASESORA

Janeyri Boyer Carrera

CÓDIGO DEL ALUMNO

20095725

2018

RESUMEN

De acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la garantía por interposición del recurso de apelación es un requisito sine qua non para la admisión a trámite de dicho recurso impugnatorio. Sobre el particular, no han sido pocos los cuestionamientos acerca de su legalidad, posición a la cual nos sumamos con la presente investigación, en tanto consideramos que, principalmente, se vulnera el derecho de defensa y debido procedimiento de los potenciales impugnantes, así como de los principios de eficacia, verdad material y participación. A partir de ello, el objetivo de nuestra investigación es hacer algunas reflexiones y proponer algunas alternativas a la garantía por interposición del recurso de apelación, evitando así la continuación de la vulneración de los derechos y principios antes expuestos y, asimismo, servir al propósito de desincentivar eficazmente los recursos maliciosos o todos aquellos que sean ajenos al interés público conforme al objeto de la contratación. Entre nuestras conclusiones, tenemos que puede eliminarse la garantía impugnatoria y, si lo que se pretende es desincentivar los recursos maliciosos o manifiestamente infundados, podría esta reemplazarse por una multa tal y como ocurre en el derecho comparado. Asimismo, en caso se decida mantener dicha garantía, sostenemos que debe modificarse la regla sobre su ejecución, en el sentido que, solo debe ser así cuando se impugne maliciosamente y no necesariamente porque el pedido no sea acogido, ya que, aún pese a dicho resultado, el apelante no está haciendo más que ejercer su derecho.

ÍNDICE

1. Introducción	Pág. 5
2. La finalidad pública y las características de las garantías en el marco de la contratación estatal	Pág. 5
2.1 La garantía en la contratación estatal	Pág. 6
2.2 Finalidad pública de las garantías en el marco de la contratación estatal	Pág. 8
2.3 Características de las garantías vigentes en la actual Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento	Pág. 11
3. La ilegalidad de la garantía por interposición del recurso de apelación	Pág. 20
3.1 Pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), respecto a la garantía por interposición de recurso de apelación	Pág. 20
3.2 Afectación al derecho de defensa de los participantes y postores, y al principio del debido procedimiento	Pág. 22
3.3 Vulneración a otros principios del procedimiento administrativo general	Pág. 25
3.3.1 Principio de eficacia	Pág. 25
3.3.2 Principio de verdad material	Pág. 26
3.3.3 Principio de participación	Pág. 27
3.4 La vinculación entre la garantía por interposición del recurso de apelación y el solve et repete	Pág. 28
3.5 La regulación del recurso de apelación y la garantía por su interposición en el derecho comparado	Pág. 29
3.5.1 España	Pág. 29
3.5.2 Argentina	Pág. 31
3.5.3 Costa Rica	Pág. 32
4. Alternativas a la garantía por interposición del recurso de apelación	Pág. 33
4.1 Replanteamiento de una sanción pecuniaria por la presentación	Pág. 33

de recursos manifiestamente infundados	
4.2 Agravante de la sanción por el beneficio ilícito obtenido mediante la interposición del recurso de apelación.	Pág. 36
4.3 Tratamiento diferenciado en situaciones particulares.	Pág. 38
4.4 Devolución de la garantía por interposición del recurso de apelación en consideración a la fundamentación del impugnante.	Pág. 40
5. Conclusiones	Pág. 42
6. Bibliografía	Pág. 44



1. Introducción

Actualmente, y de acuerdo al marco normativo de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el único recurso para que un participante o postor, impugne la decisión de una Entidad convocante dentro un procedimiento de selección es el recurso de apelación, el cual a su vez exige que, para ser admitido, se presente una garantía ascendente al 3% del valor referencial de dicho procedimiento o del ítem que se decida impugnar.

En nuestra legislación, la obligatoriedad de presentar una garantía por interposición del recurso de apelación se ha mantenido vigente, aunque bien es cierto, con ciertas variaciones en el tiempo, como fue en su momento al aumentar la cuantía del 1 al 3% de la garantía impugnatoria y, después, estableciendo un tope límite del monto ascendente a 200 UIT.

Sin embargo, pese a las modificaciones realizadas, no han sido pocos los cuestionamientos sobre su exigibilidad, tanto en la doctrina nacional como comparada, dado que es obligatoria su presentación para admitir a trámite el recurso y, no obstante se dice que sirve para desincentivar los recursos maliciosos, se puede llegar a concluir que indirectamente vulnera el derecho de defensa y debido procedimiento de los potenciales impugnantes, así como a los principios de eficacia, verdad material y participación, conforme explicaremos en el desarrollo del presente artículo.

Teniendo en cuenta este debate, hemos orientado nuestra investigación a la proposición de reflexiones y alternativas a la garantía por interposición del recurso de apelación, de modo tal que ello se pueda coadyuvar a armonizar y plantear opciones que resulten proporcionales a los fines de la Administración Pública, sin trasgredir los derechos de los participantes y postores y de los principios que son aplicables a todo procedimiento administrativo.

2. La finalidad pública y las características de las garantías en el marco de la contratación estatal.

2.1 La garantía en la contratación estatal

Antes de abordar un desarrollo sobre la garantía en el marco de la contratación estatal, específicamente, en cuanto refiere a la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, “LCE”) y su Reglamento (en adelante, “RLCE”), es necesario destacar que su origen parte del derecho privado, sobre el cual se destacó su aporte para bien de la seguridad y confianza de las partes que celebraban negocios jurídicos, y es justamente en razón de estas ventajas que se decidió acogerlo para el derecho público, aunque claro está, con las salvedades y adecuaciones que corresponden a la naturaleza de este último.

Sobre el particular, Mercedes Bohorquez ha resumido este aporte del derecho privado de manera siguiente:

El derecho público tomó del derecho privado la institución de la garantía y aprovechó la idea de seguridad y confianza para plasmar una serie de instituciones en los más variados campos. Todo se articula en base a una red de seguridades y garantías que hacen viable las relaciones de los ciudadanos con el Estado y con la administración. Esta idea se traduce en las instituciones políticas y administrativas, en la contratación pública, en el derecho tributario, aduanero, en la legislación bancaria, en el cooperativismo y, en general, en muchas leyes especiales con las que se regulan estas relaciones administración-administrado (Bohorquez 1992: 22).

Conforme hemos adelantado, podemos reafirmar que la garantía es una institución que nace del derecho privado, específicamente, del derecho civil, donde se parte -por regla general- de la existencia de una relación jurídica entre partes iguales y que, a través de la garantía, se pretende asegurar jurídicamente las obligaciones que surgen de dicho vínculo.

Así pues, de acuerdo a una concepción privada de la garantía, por un lado habrá una parte que tendrá la condición de acreedora y, frente a ella, habrá una parte deudora, quien a su vez

ofrecerá, directamente o a través de terceros, una garantía a favor de aquella, ya sea personal o real, a fin de asegurar el cumplimiento de la deuda.

Al respecto, han sido varios los autores civilistas que han formulado una tesis sobre la garantía; sin embargo, nos centraremos en dos definiciones que consideramos valiosas para después contrastarlas con la garantía en la contratación estatal.

Primero, para Diez-Picazo y Antonio Gullón, la garantía es “[...] toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades” (Diez-Picazo y Gullón 1987: 480).

Por su parte, Villegas define a la garantía como la “[...] obligación accesoria o no, pero vinculada y coordinada con la obligación principal, que crea un derecho subjetivo a favor del beneficiario, que se adiciona al derecho de crédito que se quiere asegurar” (Villegas 1998: 73-74).

De las definiciones expuestas, se observa entonces que el común denominador de la garantía civil es asegurar el derecho de crédito de un acreedor frente a un deudor, adoptando para ello mecanismos que, incluso, permitan repetir contra terceros a fin de hacer efectivo el cobro de una deuda.

En adición a ello, podemos aseverar que la garantía civil tiene un propósito de acercar la probabilidad del cobro a la certeza; sin que ello implique, necesariamente, asegurarlo en su totalidad, pues el riesgo es perenne a todo negocio jurídico (Villegas 1998: 75).

Si bien hemos partido de una definición civilista, pues es de aquella que se origina la garantía, es importante resaltar que, para efecto del presente trabajo, la garantía puede servir para fines distintos al derecho de crédito de un acreedor, siendo posible también su aplicación y extensión al aseguramiento de otro tipo de obligaciones y objetivos, como en efecto ocurre

con el derecho público, específicamente en el derecho administrativo y, en tal sentido, se escapa de la concepción tradicional de la garantía civil.

Ejemplo claro de ello es el uso de la garantía en la contratación administrativa, pues el propósito de fondo es particularmente distinto al acostumbrado en el derecho privado, ya que no está pensado en un derecho de crédito, sino en la pronta y adecuada atención del interés público materia de la contratación y, en otros casos, de manera sui generis en comparación de la garantía tradicional, para desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, o para desincentivar la interposición de recursos maliciosos de participantes o postores cuyo fin sea meramente dilatorio, conforme se encuentra regulado actualmente en la legislación peruana.

En cuanto a este último, es notorio que la LCE y el RLCE escapan de la noción de garantía que hemos referido, pues “[...] dicha figura no busca asegurar el cumplimiento de alguna obligación asumida por los postores y/o adjudicatarios en el trámite de un proceso de selección [o de algún proveedor en plena ejecución contractual], por tanto, difícilmente pueda ser catalogada como garantía, en el sentido estricto del término” (Rodríguez 2009: 153).

Así entonces, de acuerdo a la vigente LCE y el RLCE, la garantía no está únicamente en función al aseguramiento de una obligación como ocurre en definitiva en el derecho privado, sino que trasciende a lo económico y prestacional, centrándose más bien en el objetivo de lograr una satisfacción de la finalidad pública y de reducir los efectos y propósitos contrarios a esta, como ocurre con la garantía por interposición del recurso de apelación.

2.2 Finalidad pública de las garantías en el marco de la contratación estatal

A diferencia de la contratación privada, donde los particulares actúan ejerciendo su autonomía de la voluntad, en la contratación administrativa se pretende satisfacer un interés

público, guiándose para dicho efecto del principio de legalidad y de constitucionalidad (Meilán 2004: 506).

Sin perjuicio de ello, no es posible conseguirlo mediante la sola contratación de un particular, ya que si bien el contrato administrativo tiene por objeto una finalidad pública, su naturaleza es instrumental para satisfacer un interés público. Siguiendo a José Ignacio Monedero Gil: “[...] el contrato del Estado no es un fin en sí mismo, no agota su causa en el equilibrio de prestaciones determinadas, sino que todo el negocio se coloca en bloque al servicio de un interés público polifacético y móvil” (Monedero 1977: 127).

Teniendo en cuenta la finalidad del contrato administrativo, la garantía también apunta a dicho propósito, aunque con algunas particularidades que hemos adelantado anteriormente y que procederemos a enunciar.

Sobre aquello, Ernesto García-Trevijano señala que las garantías exigidas a los particulares, a quien llama “licitadores” y contratistas, se sustenta en dos motivos:

Frente a lo que acontece en las relaciones entre particulares, en las que la autonomía de la voluntad para elegir al contratista es en principio plena, la situación varía cuando se trata de la Administración, al encontrarse ésta sometida en su actuación a determinados principios o reglas de obligada observancia, que provocan una sensible reducción de dicha autonomía y que justifican la adopción de determinadas cautelas o garantías para asegurar que el licitador o contratista va a cumplir sus obligaciones. [...]

Junto a ello, no cabe tampoco olvidar que estamos ante contratos administrativos, que como tales se encuentran indisolublemente unidos al interés público que se persigue con su cumplimiento. [...]

Estas dos realidades (restricciones a la libre elección del contratista y prosecución del interés público a través del cumplimiento del contrato administrativo) constituyen

las razones fundamentales de la aducida preocupación que puede observarse por asegurar que efectivamente va a cumplirse el contrato en los términos pactados y, en definitiva, que el licitador y posteriormente el contratista van a hacer frente a las obligaciones que *ex lege* o *ex contractu* tengan asumidas. (García-Trevijano 1997: 15-16).

Así entonces, tomando en cuenta estas particularidades de la contratación administrativa, se ha visto por conveniente adecuar la garantía a los fines y preceptos de este último, habida cuenta de su carácter restringido para elegir libremente a los proveedores o ejercer plenamente su voluntad y, por otro lado, de lograr una satisfacción del interés público, aunque como vimos, de manera instrumental.

Por otro lado, Leandro Pacheco Barassi y María Victoria Finn han puesto de manifiesto tres funciones básicas de las garantías en el marco de la contratación administrativa, los mismos que mostramos a continuación.

Primero, la **función desalentadora**, en el sentido que las garantías serán ejecutadas cuando el particular incumpla injustificadamente con sus obligaciones y/o con otros supuestos previstos en la normativa de la materia y, en el caso de las garantías impugnatorias, cuando el participante o postor interponga recursos meramente dilatorios o carentes de fundamentos. De este modo, la garantía tiene un efecto desalentador de las actitudes contrarias a dichos fines.

Segundo, la **función compulsiva**, cuyo propósito es evitar que el participante, postor o contratista se aparte de los términos del procedimiento de selección o de las normas de contratación y abandone o altere su compromiso inicial. A diferencia de la función desalentadora, la presente tiende a ejecutar o poner en acto la conducta del participante, postor o contratista.

Tercero, la **función resarcitoria mínima**, pues el Estado penalizará al postor o contratista mediante la ejecución de la garantía y, con ello, se verá compensado por los daños y

perjuicios irrogados a causa del incumplimiento del particular por el monto correspondiente a la garantía respectiva (Pacheco y Finn 2013: 1076-1077).

Es importante advertir que, respecto a dichas funciones, no todas son compartidas en nuestra legislación actual. Así pues, la garantía por interposición del recurso de apelación tiene únicamente una función desalentadora, al extremo que, según mostraremos después, podemos cuestionar su legalidad en tanto vulnera derechos y principios sustanciales para todo administrado.

Asimismo, diferente es el escenario de la garantía de fiel cumplimiento o por prestaciones accesorias, que sí pueden reunir cada una de estas funciones en aras de salvaguardar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista y así tutelar la adecuada ejecución contractual.

2.3 Características de las garantías vigentes en la actual Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

En la doctrina civil, comúnmente se distinguen dos tipos de garantías. Una de carácter personal y otra real.

En la primera, “[...] el acreedor se satisface con que otra persona cuya solvencia le merece crédito, afiance la obligación, de tal modo que ahora el acreedor tendrá dos deudores, aunque su confianza generalmente está puesta en el fiador” (Borda 1994: 501).

Una garantía de naturaleza personal es por ejemplo la fianza, en virtud de la cual un tercero, o llamado también fiador, se obligará frente al acreedor a cumplir con la obligación de un deudor en el caso que este no cumpla.

En este tipo de garantía hay una accesoriadad, pues se está en función de otra obligación y, una subsidiariedad, ya que el fiador deberá responder en caso el deudor principal incumpla con su obligación (De la Puente y Lavalle 2004: 206).

En cambio, la garantía real no está función de la asunción de la obligación de una tercera persona, sino en la afectación de determinados bienes y, en tal sentido, serán más eficaces que las garantías personales, pues cabrá su persecutoriedad a pesar de que el referido bien haya salido del patrimonio del deudor o garante y, además, porque se dejará de lado la inseguridad que implicaría una posible insolvencia del garante (Bohorquez 1992: 34).

Una garantía de naturaleza real es por ejemplo la hipoteca y anticresis, que recaen sobre un bien inmueble para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del deudor.

Como hemos podido observar, en el derecho privado está contemplada la posibilidad de ofrecer garantías de tipo real o personal a fin de lograr el cobro del crédito, y cuya elección terminará siendo realizada por las partes que en ellas intervengan.

Distinto es el escenario de las garantías posibles de ofrecer en la LCE y el RLCE, pues únicamente serán admitidas para cumplir con tales efectos la carta fianza y póliza de caución, que, de acuerdo a la Opinión N° 055-2012-DTN, se refieren a lo siguiente:

“carta fianza” como un “Contrato de garantía del cumplimiento de pago de una obligación ajena, suscrito entre el fiador y el deudor, y que se materializa en un documento valorado emitido por un fiador (banco o entidad financiera) a favor de un acreedor (entidad contratante) garantizando las obligaciones del deudor (solicitante) en caso de incumplimiento del deudor, el fiador asume la obligación.” y a la “póliza de caución” como aquel “(...) contrato de seguro por el cual la empresa aseguradora (garante), mediante el cobro de una prima, protege al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de una obligación específica asumida legal o voluntariamente por el garantizado (deudor principal o fiado), protección que opera evidentemente a los términos y condiciones que consten en la correspondiente

póliza.”

Además, las empresas que emitan las garantías, deberán estar supervisadas directamente por la Superintendencia de Banca y Seguro y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y, a su vez, para emitir las, tendrán que estar autorizadas, o estar en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría publicado por el Banco Central de Reserva del Perú.

En cuanto a las características de las garantías, estas deberán ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitan.

Que sean **incondicionales**, implica que no exista una condición suspensiva que la habilite en sus efectos, o una condición resolutoria que los limite, ante la verificación de un evento futuro, incierto o al cumplimiento de la obligación de alguna de las partes. Por tanto, la eficacia de la garantía y de su posible ejecución, no podrá depender de una incertidumbre, ya sea para el surgir o perdurar de sus efectos (Trabucchi 1967: 186).

Además, sobre la incondicionalidad, se dice que la garantía no puede tener este carácter dada su naturaleza, y es que –al ser accesoria- solo podrá hacerse efectiva ante el incumplimiento de la obligación principal (Bohorquez 1992: 42). No obstante, debe advertirse que esto último está pensado más en las garantías de fiel cumplimiento, garantías por prestaciones accesorias y garantías por adelantos, ya que la idea de la garantía por interposición de recurso apelación es otra en tanto no está en función al aseguramiento de una obligación principal.

Que sean **solidarias**, significa que existe más de un sujeto a quien la entidad puede exigirle el cumplimiento de la prestación en su integridad (Bejarano 1983: 560). En específico, la solidaridad permite que la entidad contratante, ante el incumplimiento de la obligación del contratista, pueda acudir contra el propio contratista o la empresa que funge de garante de este. Como precisamos, esta idea nace del grueso de garantías previstas en la LCE y el RLCE, las mismas que están relacionadas a la fase de ejecución contractual; no obstante, la presente

lógica no se repite para la garantía por interposición de recurso apelación, pues no hay hasta entonces prestaciones por hacer de parte del impugnante.

Que sean **irrevocables**, conlleva a la imposibilidad de dejar sin efecto la garantía por propia voluntad del postor, contratista o empresa garante, pues esta constituye justamente el compromiso firme del cumplimiento de las obligaciones frente a la entidad contratante (Bohorquez 1992: 43). En cambio, la irrevocabilidad de la garantía por interposición de recurso apelación, se refiere al convencimiento y aceptación de las implicancias que conllevaría ejecutarla después de un pronunciamiento contrario a sus intereses.

Que sean de **realización automática**, obliga a que se honren de inmediato, esto es, en un plazo máximo de 03 días hábiles de haber sido solicitada su ejecución, sin que las empresas emisoras puedan oponer excusión al respecto. En otras palabras, con la primera solicitud, la empresa emisora tendrá la obligación de honrarla y pagarla a la entidad beneficiaria bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad y de ser sancionada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS).

Habiendo desarrollado las características de las garantías en la LCE y el RLCE, procederemos a enunciar en qué supuestos necesariamente tendrán que ofrecerse acorde al régimen de contratación pública.

Sobre este aspecto, se ha catalogado a las garantías en dos momentos, unas precontractuales, y otras contractuales, dependiendo de si al momento de presentación de la misma haya o no vínculo contractual con la Entidad convocante (Martínez 2006: 177).

Aunque si bien, con el pasar del tiempo algunas quedaron de lado, como son, por ejemplo, la garantía por el monto diferencial de la propuesta y la garantía de seriedad de la oferta, aún se mantienen aquellas que consideramos consustanciales al propósito del aseguramiento de las obligaciones y que responden al verdadero sentido de la “garantía”, aunque claro está, con excepción de aquella que es para la interposición de un recurso de apelación.

Para mayor ahondamiento, procedemos a explicar cada una de estas garantías vigentes en el marco de la LCE y el RLCE.

Garantía de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias

En la doctrina comparada se toma a la garantía de fiel cumplimiento, o también llamada garantía definitiva, como uno de los instrumentos jurídicos principales para asegurar las obligaciones del proveedor durante la ejecución del contrato y, en ese sentido, también el interés público que se pretende resguardar.

Bajo esa lógica, podemos aseverar que también responde al objeto de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, solo que su propósito no es ya para asegurar la prestación principal, sino el mantenimiento, reparación o actividades afines que estén vinculadas a ella.

Acerca de la naturaleza de la garantía de fiel cumplimiento, se puede afirmar entonces que estas buscan “[...] respaldar el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones emanadas del contrato” (Dromi 2006: 645), y que por supuesto, se debe incluir en estas las prestaciones accesorias que integran los términos y obligaciones de la relación contractual.

Por su parte, se añade que estas garantías funcionan [...] como penalidades convencionales que tratan de asegurar los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación contractual, sin perjuicio de la obligación de reparación de daños y perjuicios que puedan añadirse a la incautación de dicha garantía en caso de incumplimiento culpable” (Escribano y Benavente 2003: 440).

Esto último concuerda con el tratamiento de nuestra legislación. Así pues, en la Opinión N° 077-2012/DTN, se ha precisado lo siguiente:

[...] la garantía de fiel cumplimiento cumple una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva, pues lo que pretende es compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por éste. Asimismo, es resarcitoria, pues lo que se pretende

a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista (OSCE 2012).

De acuerdo a la LCE y el RLCE, es ineludible la presentación de ambas garantías ante la entidad convocante para el perfeccionamiento del contrato, siempre y cuando las Bases hayan solicitado la garantía por prestaciones accesorias.

En cuanto a la regulación vigente, se dispone que dichas garantías deberán ascender al 10% del monto del contrato original, con la salvedad de aquellos contratos de bienes y servicios, distintos a la consultoría de obras, cuyos montos sean iguales o menores a S/ 100,000.00. De igual modo, se exceptuará su presentación para la adquisición de bienes inmuebles, en contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, y en las contrataciones complementarias de bienes y servicios en general.

Así también, en caso el adjudicatario sea micro y pequeña empresa, podrá elegir otorgar como garantía de fiel cumplimiento la retención del 10 % del monto del contrato original.

Garantía por adelantos

Si en los documentos del procedimiento de selección se hubiera previsto que la Entidad debe entregar al contratista adelantos directos y/o materiales, necesariamente este último, para recibir el importe económico, tendrá que presentar una garantía, cuyo monto deberá ser idéntico a dicho concepto y no podrá exceder al 30 % del monto del contrato original, y deberá tener una vigencia mínima de 03 meses renovables hasta la amortización total del adelanto o, para el caso de los adelantos de materiales, hasta la utilización de los materiales o insumos que sean de satisfacción de la Entidad, siendo además posible su reducción conforme al avance del contrato.

Este tipo de garantía también es conocido como “contragarantía”, pues sirve de anticipo financiero, consistente en un adelanto de dinero a cuentas de pagos por las tareas a realizar, a fin de asegurar así el normal desenvolvimiento del contrato (Pacheco y Finn 2013: 1103).

Entonces, la garantía nace del apoyo económico de la Entidad hacia el contratista para coadyuvar al desarrollo inicial del contrato, y evitar así dilaciones o complicaciones de carácter económico que podrían repercutir en su normal ejecución, conforme a los

lineamientos establecidos en el contrato y en los documentos que integraron el procedimiento de selección.

En consideración a las funciones antes expuestas, coincidimos en que, al igual que la garantía de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias, tiene una función compulsiva y resarcitoria. Sin embargo, creemos que el resarcimiento mediante la ejecución de la garantía por adelantos será más eficaz, en vista que, al estar en función a un valor fijo, el cual no podrá exceder al 30% del monto original del contrato, se garantiza la totalidad del adelanto.

Garantía por interposición de recurso de apelación

La presente garantía se enmarca dentro de la división de garantías precontractuales, en tanto aún no existe contrato suscrito y es que se exige su presentación para la admisión del recurso de apelación contra aquellos actos dictados en el seno de un procedimiento de selección, sea antes o después de otorgada la de buena pro, siempre y cuando el referido acto no haya quedado aún consentido.

Al respecto, debe señalarse que, en tanto no hay de por medio obligaciones contractuales que asegurar, no sigue el carácter de accesoriedad inherente a toda garantía y, por ello, omite su naturaleza según hemos explicado anteriormente, la cual es “[...] asegurar el cumplimiento de una obligación principal adquirida por el contratista con la administración pública; [y que] para subsistir requiere [de] la existencia del contrato principal al que accede” (Bohorquez 1992: 39).

Sin perjuicio de su carácter sui generis, la garantía por interposición de recurso de apelación tiene una función clara en mérito del interés general, que se resume en desincentivar las apelaciones maliciosas cuyo propósito sea dilatar o entorpecer el procedimiento de selección.

En consideración a ello, debemos partir señalando que, con la interposición del recurso de apelación, se suspende el referido procedimiento hasta que se emita la resolución final; sin embargo, de ser el caso que la suspensión haya tenido como único propósito dilatar o

entorpecer el consentimiento de la buena pro y, a su vez, el perfeccionamiento del contrato, entonces se habrá provocado una demora injustificada.

Esto último ocurre por ejemplo cuando una entidad convoca a un procedimiento de selección para renovar un servicio que hasta la fecha viene siendo prestado por un contratista que también es postor del procedimiento de selección en curso. En ese sentido, la impugnación maliciosa le servirá al postor que no resultó adjudicatario –pero que sigue siendo contratista de la entidad- para prorrogar los plazos de su contrato actual y, en consecuencia, recibir mayores ingresos económicos a los previstos por la Entidad.

Aunado al desincentivo de la garantía por interposición de recurso de apelación, se suma el incentivo para que los participantes y postores decididos a impugnar, se aseguren que al formular sus pretensiones y argumentos, lo hagan de manera sustentada y bajo el conocimiento de las implicancias que involucraría soslayar ello. Así fue considerado por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, al emitir el Dictamen para el Proyecto de Ley N° 66/2006-PE, el cual propuso modificaciones a los mecanismos para la solución de controversias e impugnaciones en el marco de la LCE de tal entonces, según mostramos:

La garantía que el proveedor debe constituir como requisito para la interposición de recursos [...] ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [hoy, Tribunal de Contrataciones del Estado] tiene por objetivo constituir un incentivo para la presentación de recursos de apelación debidamente sustentados y correctamente fundamentados. Cuando ello no sucede y el Tribunal declara infundado el recurso, la garantía es ejecutada por el CONSUCODE [hoy, OSCE]. Sin embargo, es necesario que el monto de la garantía, constituya verdaderamente un desincentivo a presentar recursos infundados con la finalidad de dilatar aún más los procesos de solución de controversias (Congreso de la República 2006: 08).

De esta manera, para evitar que infructuosamente se complique la planificación y los plazos de los procedimientos de selección y, por consiguiente, el propósito para la satisfacción de

la finalidad pública, es que se ha regulado la garantía por interposición del recurso de apelación, a efecto de desincentivar las conductas maliciosas que a todas luces merecen reprocharse y mitigarse, al igual que para incentivar en los participantes o postores una diligencia cuando interpongan recursos de apelación.

En cuanto a su regulación, la garantía por interposición del recurso de apelación es un requisito de admisibilidad para impugnar actos expedidos antes o después de otorgada la buena pro, siempre y cuando esta última no haya quedado consentida y, además, el acto objeto del recurso no forme parte del listado de los siguientes actos inimpugnables:

1. Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones.
2. Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección.
3. Los documentos del procedimiento de selección y/o su integración.
4. Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes.
5. Las contrataciones directas.

Que la garantía por interposición del recurso de apelación sea un requisito de admisibilidad, implica que, de no presentarse en una primera oportunidad ni, tampoco después de la observación de la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad, o de la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, o de las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda, se tendrá por no presentado el recurso y, en consecuencia, agotada la vía administrativa.

Otro elemento de la garantía en mención, es que debe otorgarse a favor de la Entidad o del OSCE, por una suma equivalente al 3 % del valor referencial del procedimiento de selección materia de impugnación o del ítem convocado, según corresponda, con la salvedad que, en ningún caso, la garantía podrá exceder de 200 UIT.

3. La ilegalidad de la garantía por interposición del recurso de apelación

3.1 Pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), respecto a la garantía por interposición de recurso de apelación.

Respecto a la garantía por interposición de recurso de apelación, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (hoy, Tribunal de Contrataciones del Estado) se pronunció acerca de su cuestionamiento mediante la Resolución N° 149/2007.TC-SU, donde manifestó lo siguiente:

[...] es preciso distinguir que la garantía no es un cobro por derecho de tramitación, o aquel pago por el que se extingue una obligación preexistente entre acreedor y deudor, sino que es un instrumento legal previsto como requisito de admisibilidad del recurso [...], a través del cual se pretende respaldar las resultas del recurso impugnativo y es pasible de devolución en caso de ampararse la pretensión del Impugnante.

Así pues, a través de este instrumento se busca que los postores que interpongan su recurso [...] lo hagan con fundamentos que permitan inferir que poseen la razón, disminuyéndose de ese modo las impugnaciones con fines dilatorios que afectan el curso de los procesos de selección convocados por las Entidades del Estado (OSCE 2007).

De acuerdo al criterio del Tribunal, se puede concluir que la garantía por interposición del recurso de apelación, a diferencia de, por ejemplo, una solicitud para la obtención de un título habilitante, no equivale a un cobro por tramitación, pues no está vinculada al costo que genera para la Entidad según el servicio prestado. En tal sentido, difiere del numeral 52.1, artículo 52 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “TUO LPAG”).

Asimismo, se distingue de los cobros por concepto de tramitación, ya que el importe económico de este último no será devuelto, así se haya o no tenido el resultado que motivó la solicitud. Esto difiere de la garantía por interposición de recurso de apelación, según mostramos en el cuadro siguiente:

Resultado	¿Devolución de garantía por interposición del recurso de apelación?
Recurso de apelación se declara infundado	NO
Recurso de apelación se declara improcedente	NO
Impugnante se desiste del recurso	NO
Recurso de apelación se declara fundado en todo o en parte	SÍ
Se declara la nulidad y/o carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto	SÍ
Sobreviene un impedimento para contratar con el estado	SÍ
Opera la denegatoria ficta por no resolver y notificar la resolución dentro del plazo legal	SÍ

Más adelante, en la misma Resolución, el Tribunal se pronuncia respecto a la presunta vulneración del derecho de defensa, derecho de petición y de acceso a la jurisdicción con la exigencia de la garantía en mención para la admisión del recurso de apelación:

[...] dicha exigencia no lesiona los derechos de defensa, de petición y de acceso a la jurisdicción del Impugnante ni se encuentra en contraposición con lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, toda vez que la garantía tiene una naturaleza distinta a la tasa por la interposición de un recurso, puesto que, en el caso de ampararse la pretensión del Impugnante, se dispone la devolución de la garantía.

Atendiendo a lo expuesto, se concluye que el otorgamiento [...] por concepto de garantía por interposición del recurso [...] no es una conducta arbitraria, sino que su exigencia constituye un requisito ceñida a derecho y dentro de las potestades que la propia ley confiere, puesto que constituye obligación del Tribunal actuar dentro de las atribuciones que el marco legal vigente le impone (OSCE 2007).

En suma, se puede aseverar que para el Tribunal de Contrataciones del Estado, la garantía por interposición de recurso de apelación no vulnera sendos derechos pues, está justificada en la legalidad de la finalidad pública que se pretende resguardar, contrarrestando así, en la medida de lo posible, aquellas impugnaciones cuyo propósito discierna de la oportuna satisfacción pretendida mediante la contratación pública

3.2 Afectación al derecho de defensa de los participantes y postores, y al principio del debido procedimiento

En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso legal es aquel “[...] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003: 115).

De tal modo, superada está la discusión que en otrora había sobre las garantías del debido proceso judicial y su extensión al procedimiento administrativo. Así pues, en la Sentencia del Expediente N° 067-93-AA/TC, el Tribunal Constitucional peruano dictaminó que “[...] el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento [...]” (Tribunal Constitucional 1996).

En cuanto refiere al derecho de defensa, en repetidos pronunciamientos el Tribunal Constitucional ha manifestado que es uno de los derechos que conforma el derecho al debido

proceso. Verbigracia, en la Sentencia del Expediente N° 5871-2005-PA/TC, se ha señalado que

La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial [léase también procedimiento administrativo], cualquiera sea su materia.

La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan (v.g. interponer medios impugnatorios) (Tribunal Constitucional 2006).

Entendido esto, debemos preguntarnos ¿cómo es que la garantía por interposición de recurso de apelación vulnera entonces el derecho de defensa de los participantes y postores en un procedimiento de selección?

En respuesta a ello, supongamos que, estando en la etapa de calificación y evaluación de ofertas, el Comité de Selección decidió descalificar la oferta de uno de los postores tras verificar que –aparentemente- no había cumplido con acreditar un factor de competencia que fue establecido en las Bases del procedimiento de selección. Si fuera el caso que el postor descalificado considerara que sí cumplió con presentar y acreditar el factor de competencia en cuestión y, con justa razón, quisiera recurrir el acto administrativo que motivó esta decisión, ¿no es acaso, como parte de su derecho de defensa, poder impugnar sin ningún tipo de impedimento o desincentivo, cuando lo que busca es un control sobre un acto administrativo que está vulnerando su derecho a contratar con el Estado?

En nuestra opinión, que la garantía por interposición de recurso de apelación sea un requisito de admisibilidad, no solo desincentiva las apelaciones maliciosas, sino también, como en el presente caso, aquellas que bien pueden estar fundadas en derecho, pero que, a pesar de ello, se les imponga dicha exigencia para admitir su recurso. Entonces, la garantía no habilita a que los administrados accedan libremente a la Entidad convocante o al Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda, para recurrir aquellas decisiones que consideren contrarias a derecho y que asimismo podrían estar vulnerando sus derechos.

En tal sentido, creemos que la garantía por interposición de recurso de apelación socava el derecho de defensa del administrado, más aún cuando su capital pueda no ser del todo profuso; sin embargo, consideramos que la situación económica del administrado no debe ser óbice para recién considerar ilegal a este tipo de garantía, pues surgiría una discriminación, en el sentido que solo estarían en capacidad de apelar aquellos con un mejor respaldo económico. Sobre este asunto, concordamos con Eduardo García Rajo, para quien, el ánimo de “[...] desalentar las impugnaciones injustificadas que prolonguen el procedimiento de selección [...] nunca afectó a los oferentes de gran capacidad económica, caso de grandes corporaciones internacionales, originando desigualdad con aquellos carentes de tales respaldos” (García 2013: 11).

Por otro lado, siendo el procedimiento de selección un procedimiento de carácter especial y que, de conformidad al artículo II del TUO LPAG, no podrá imponer condiciones menos favorables a las previstas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, entonces deberá igualmente seguir y respetar las garantías de los administrados preceptuadas en el principio del debido procedimiento, que son: derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Habiendo adelantado nuestra posición respecto a la vulneración del derecho de defensa con la obligatoria presentación de una garantía impugnatoria como requisito de admisibilidad, consideramos que también se trasgrede el principio del debido procedimiento, pues el derecho del administrado para lograr exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas en

razón de un acto administrativo que considera ilegal, se ve condicionada a una garantía sine qua non. Por consiguiente, ratificamos -bajo lo expuesto anteriormente- una limitación ilegal al principio del debido procedimiento.

3.3 Vulneración a otros principios del procedimiento administrativo general

3.3.1 Principio de eficacia

De conformidad al primer párrafo del numeral 1.10, artículo IV del TUO LPAG, se dispone que el principio de eficacia tiene la siguiente connotación:

Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

Consideramos que la garantía por interposición de recurso de apelación vulnera el referido principio pues, restringe la posibilidad de que los administrados recurran el acto administrativo al tener que afrontar un pago obligatorio que los habilite para recién hacer valer sus derechos.

Por tal motivo, se observa que hay una disminución en cuanto a sus garantías constitucionales (debido proceso y derecho de defensa), y en consecuencia, una posible indefensión en términos del TUO LPAG, al verse disuadidos por temor a que, la resolución de la Entidad convocante o del Tribunal de Contrataciones del Estado, no resulte favorable, pues vale señalar que para el legislador es irrelevante qué tan ilegal haya sido el acto expedido por la Administración Pública, simplemente, si el administrado no adjunta su garantía impugnatoria a su apelación, o no lo subsana de acuerdo al plazo de ley, se tendrá por no presentada.

Por ello, tomando a la garantía impugnatoria como una formalidad que, en teoría, serviría para desincentivar los recursos temerarios, no es menos cierto que está ligada a una afectación del principio de eficacia que, a nuestro parecer, no justifica su regulación.

3.3.2 Principio de verdad material

En el primer párrafo del numeral 1.11, artículo IV del TUO LPAG, se dispone lo siguiente acerca del principio de verdad material:

Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

Situación particular del procedimiento administrativo, que lo distingue del proceso judicial, es el principio de verdad material, mediante el cual la Administración Pública asume un papel activo en aras de arribar a la verdad de los hechos acaecidos en el procedimiento administrativo. Así pues, la intervención del administrado podrá ser relevante para estos fines; no obstante, con o sin ella, es la Administración Pública quien debe conseguirlo para tutelar el interés público.

Sobre el particular, se ha escrito “[...] que la verdad material tiene un peso imposible de soslayar en los procedimientos administrativos, incluido el recursivo, pues este es un fundamento fáctico del principio de legalidad, razón por la cual, «enfrentado» a propósitos de relativa eficiencia administrativa centrada en la celeridad en la solución del recurso, la aplicación del principio de verdad material debe prevalecer” (Linares 2013: 195).

Compartimos la opinión antes reseñada y por tanto, estamos convencidos de que exigir la garantía por interposición de recurso de apelación limita, en muchos casos, las opciones para que la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda, conozcan de parte cuáles son aquellos actos o decisiones que podrían estar trasgrediendo derechos o principios que merecen una corrección inmediata.

Inclusive, con ello se estaría reduciendo la posibilidad de que las entidades tomen conocimiento de los errores que se vienen repitiendo y que, por consiguiente, estén afectando el interés público. Es decir, el ejercicio de control sobre las decisiones de las entidades

convocantes se ve limitada y, en el mismo sentido, lo es la verdad material sobre los actos acaecidos durante el procedimiento de selección.

3.3.3 Principio de participación

De conformidad al numeral 1.12, artículo IV del TUO LPAG, se dispone que el principio de participación tiene la siguiente connotación:

Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

En atención a este principio, los participantes y postores deberían lograr interponer su recurso de apelación sin la limitación de la garantía impugnativa, ya que de este modo se está generando un efecto contrario a dicho principio, el cual es favorecer, permitir o viabilizar su participación en los procedimientos administrativos, en este caso coadyuvando al control de la actuación administrativa, y no, como sucede hasta la fecha, provocando que ello obstruya, dificulte, dilate o cancele la intervención del administrado (Morón 2017: 116). En apoyo a nuestra posición, se ha escrito lo siguiente:

Evidentemente no se puede coartar la colaboración del administrado a fin que el Estado actúe dentro del marco de legalidad, como así tampoco el derecho de solicitar la revisión de un acto viciado que lo perjudica. La Administración no puede limitar las denuncias de ilegitimidad (en sentido lato) perdiendo la oportunidad de legitimar su conducta, y de considerar al particular oferente como colaborador de la Administración, aunque lo realice en defensa de sus derechos subjetivos (Chojkier y Dubisnki).

3.4 La vinculación entre la garantía por interposición del recurso de apelación y el solve et repete

Tenemos claro que la garantía por interposición del recurso de apelación busca desincentivar los recursos maliciosos o temerarios que pretendan un beneficio ilícito en el recurrente o, simplemente, actuar contrariamente al interés público que se pretende resguardar y mantener en todas las fases de la contratación pública. Habiendo entendido ello, resta por conocer si esta garantía puede ser una especie de solve et repete o, también conocida como “pague primero y reclame después”.

En palabras de Rafael de Mendizábal, el solve et repete, siguiendo una concepción clásica, enfocada en el derecho tributario, es “[...] la exigencia de que el demandante en el proceso contencioso-administrativo abone previamente las cantidades objeto de controversia judicial que adeude a la Administración pública como consecuencia de una relación jurídico-tributaria o de una infracción administrativa” (De Mendizábal 1964: 107).

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido en la Sentencia del Expediente N° 3741-2004-AA/TC lo siguiente:

[...] a la luz de la configuración del sistema jurídico con relación a la tutela judicial de los derechos, el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial.

[...] con ocasión de declarar que el principio solve et repete era contrario al derecho de acceso a la jurisdicción, se estableció que el condicionamiento del pago previo para impugnar una decisión de la Administración Tributaria constituía una restricción desproporcionada que la hacía contraria a la Constitución. Hoy con igual fuerza debe afirmarse que también el pago, ya no de la multa como ocurría en el caso del “pague primero y reclame después”, sino de la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, constituye igualmente una interferencia económica del

derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto (Tribunal Constitucional 2005).

A partir de esta sentencia, se puede aseverar que la proscripción del solve et repete se extiende también a los requisitos para la impugnación, lo cual es indistinto a que estemos en el ámbito del derecho tributario o no, en el sentido que el pago de una tasa, como requisito para la impugnación de un acto administrativo, sigue la misma lógica de ilegalidad de este principio. Por tanto, si, en nuestro tema materia de estudio, reemplazáramos el pago de una tasa por la garantía de impugnación, se repite el mismo condicionamiento para lograr interponer un recurso de apelación o acceder a la jurisdicción, solo que en este caso en particular, será ante la Entidad convocante o el Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda.

Vista las cosas así, y de acuerdo al axioma “igual razón, igual derecho”, debería suprimirse la garantía por interposición de recurso de apelación en tanto vulnera los derechos y principios antes señalados y, además, porque según acabamos de analizar, calza en el principio (o al menos su lógica), hoy proscrito por el Tribunal Constitucional peruano, de solvet et repete.

3.5 La regulación del recurso de apelación y la garantía por su interposición en el derecho comparado

3.5.1 España

En España, la Ley de Contratos del Sector Público vigente es la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, la cual ha recibido gran influencia de los lineamientos del OCDE, UNCITRAL y la Unión Europea. En esta norma española se establece un recurso impugnativo denominado “recurso especial”, por el cual podrán recurrirse, entre otros, los siguientes actos:

- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.
- c) Los acuerdos de adjudicación.
- d) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Un dato importante a considerar, y que se diferencia del derecho peruano, es que el recurso especial tiene carácter gratuito para los recurrentes. Sin embargo, nos parecemos al derecho español en que, una vez interpuesto el recurso especial, se suspenderá la tramitación del procedimiento de selección, pero siempre y cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, aunque también, en los casos de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos regidos por un sistema dinámico de adquisición que deberá tener previa aprobación de una medida cautelar.

Otra disposición que salta a la vista es la indemnización y las multas con motivo del recurso especial. Por un lado, en la norma española se dispone que, el interesado podrá solicitar que, a través del órgano competente para la resolución del recurso, se le indemnice por la entidad contratante a causa de los daños y perjuicios ocasionados y que hubiesen dado lugar al recurso. De tal modo, al menos la entidad contratante deberá resarcirle los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación.

Por otro lado, respecto a las multas, se ha determinado que, en caso el órgano competente aprecie temeridad o mala fe con la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar que se le imponga al responsable una multa por un importe entre 1,000 y 30,000 euros, para lo cual, se considerará la mala fe y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como los beneficios obtenidos.

3.5.2 Argentina

En Argentina, está vigente el Decreto Delegado N° 1023/2001, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y el Decreto N° 1030/2016, Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

Con respecto a la impugnación, se posibilita efectuarla contra el dictamen de evaluación de las ofertas y el dictamen de preselección. En el primero de ellos, será necesario que el recurrente presente una garantía ascendente al 3% del monto de la oferta a la cual se hubiere aconsejado adjudicar el contrato. No obstante, si el dictamen de evaluación impugnado no aconsejare la adjudicación a ninguna oferta, el importe de la garantía de impugnación será calculado sobre el monto de la oferta del impugnante. Asimismo, dependiendo de si el impugnante no es un oferente en el procedimiento de selección, o no ha sido aconsejada la adjudicación a ninguna oferta, o la impugnación versa sobre cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, u otros supuestos, el 3% de la garantía se mantendrá, pero estará en función de otros montos que la norma señala.

Para ello, se encuentra previsto que la Unidad Operativa de Contrataciones deberá verificar si se constituyó la garantía o si se encuentra conforme, en caso contrario, se intimará al impugnante para subsanarla en un plazo mínimo de dos días de notificado.

Ahora, en el supuesto que no procediera la subsanación respectiva, la impugnación será rechazada sin más trámite, lo cual se asemeja a nuestro ordenamiento cuando no se subsana la omisión o defecto de la carta fianza para el recurso de apelación.

Por su parte, la garantía para la impugnación al dictamen de preselección deberá equivaler al monto determinado por la jurisdicción o entidad contratante en el pliego de bases y condiciones particulares, con la condición especial que, el recurso, será resuelto por la autoridad a cargo de la preselección.

En cualquiera de los supuestos, sea para la impugnación contra el dictamen de evaluación de las ofertas y el dictamen de preselección, la devolución de la garantía está condicionada a que se declare a lugar la impugnación presentada y, si por el contrario, fuera rechazada, el monto será afectado. Es decir que solo se reintegrará la garantía cuando sea resuelto favorablemente al impugnante. Esto último, concuerda con nuestro sistema jurídico para la devolución de la garantía impugnatoria.

3.5.3. Costa Rica

La actual Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica se aprobó mediante la Ley N° 7494, y su último Reglamento, se aprobó por Decreto Ejecutivo N° 33411-H.

Nos parece interesante traer a colación el caso costarricense ya que, al entrar en vigencia la Ley N° 7494 y su Reglamento General de entonces, aprobado por Decreto Ejecutivo N° 25038-H, se disponía que la garantía de participación sería ejecutada si la Contraloría General de la República -organismo competente para resolver las impugnaciones en su país- no acogía la apelación. Es decir, no había un distingo en cuanto a la fundamentación empleada por el impugnante, pues bastaba con no acoger su posición mediante la resolución final de la Contraloría para perder su garantía de participación, la cual incluso podía oscilar entre el 1% y 5% de su propuesta.

Más adelante, el 16 de febrero de 1998, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a través de la Resolución N° 0998-98, declaró inconstitucional los artículos respectivos de la Ley y el Reglamento que referían a la ejecución de la garantía de participación por el solo rechazo de su apelación. A mayor detalle, citamos la fundamentación de la Corte que, en nuestra opinión, creemos acertada:

Los accionantes impugnan los artículos 87 de la Ley y 99.3 del Reglamento por establecer una sanción económica por hacer efectivo un derecho fundamental, cual es el derecho de disentir, discrepar o apelar, en los términos de los artículos 27 y 41 constitucionales, al disponerse la pérdida de la garantía de participación si la

Contraloría estima improcedente la apelación. En relación con este punto, este Tribunal comparte el criterio de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, por el que consideran que la pérdida de la garantía de participación establecida en las normas cuestionadas sí resulta inconstitucional, al constituir una verdadera sanción económica al ejercicio de un derecho fundamental, misma que resulta desproporcionada e irrazonable al limitar el acceso de la justicia administrativa y a que un órgano imparcial -Contraloría General de la República- revise los actos de adjudicación de la Administración activa [...] (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1998: 38).

A la postre de dicha Resolución, la normativa costarricense de contratación administrativa tuvo un giro respecto a este punto, primero eliminando las disposiciones por las cuales se determinaba que, necesariamente, no acoger la apelación implicaría la ejecución de la garantía de participación.

Sin embargo, ello no impide a que se le sancione cuando el impugnante apele maliciosamente y afecte el normal desarrollo de los procedimientos de selección, cuya situación concuerda con lo enunciado por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica al señalar lo siguiente: “[...] es preciso entender que ante una apelación manifiestamente improcedente, lo pertinente es un rechazo de plano, pero no la ejecución de la garantía de participación y ante un recurso malicioso o interpuesto exclusivamente para obstruir el procedimiento, su rechazo por el fondo, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan” (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1998: 39).

4. Alternativas a la garantía por interposición del recurso de apelación.

4.1 Replanteamiento de una sanción pecuniaria por la presentación de recursos manifiestamente infundados

En la actual LCE está prevista como una infracción la presentación de recursos maliciosos o manifiestamente maliciosos, lo cual es sin perjuicio de la ejecución de la garantía por impugnación que hemos explicado anteriormente. Así pues, la sanción a la infracción

señalada, será una multa cuyo monto económico no deberá ser menor al 5% ni mayor al 15% de la propuesta económica y, en caso no pueda determinarse el monto de esta, será entre cinco (05) y quince (15) UIT.

En nuestra opinión, la actual regulación, es decir, la posibilidad de imponer una sanción pecuniaria, sumada a la ejecución de la garantía de impugnación por apelaciones maliciosas o manifiestamente maliciosas, mantienen, o incluso agravan, la incongruencia por la limitación al ejercicio del derecho de defensa de los participantes y postores, y de igual modo, no corrige la vulneración a los principios que hemos desarrollado anteriormente.

Vista estas circunstancias, es menester enmendarlo acorde a una protección que libere –no a pocos administrados- de la restricción que implica una garantía de impugnación, sin llegar al extremo de considerar que, como consecuencia inmediata, se provocaría un ocaso al elemento disuasivo y que justifica el fin de la garantía impugnatoria para con las apelaciones temerarias.

En tal sentido, creemos firmemente que debe existir un replanteamiento que sopesa el fin de evitar dilaciones innecesarias al procedimiento de selección, pero sin tener que afectar a los derechos de los administrados y a los principios que rigen en todo procedimiento administrativo, sea este general, o especial, como son los procedimientos de selección.

Bajo esta premisa, una alternativa a la regulación actual es que, únicamente, se mantenga la multa pecuniaria cuando se presenten recursos maliciosos o manifiestamente maliciosos, y por consiguiente, se elimine la garantía por interposición de recurso de apelación para la admisibilidad del mismo. Con ello, se evita el condicionamiento económico ex ante y que, a la fecha viene disuadiendo, indiscriminadamente, entre apelaciones maliciosas y no maliciosas, ahuyentando así el ejercicio de un mejor control sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades convocantes. De tal modo, imponiendo una sanción administrativa, se responde ante el ejercicio indebido del derecho impugnatorio que no tiene

por qué reputarse o presumirse malicioso per se, aunque nuestro legislador finalmente lo haya adoptado desde esta perspectiva.

Palabras más, palabras menos, eliminando la garantía por interposición de recurso de apelación, se asegura que el participante y postor impugnen sin mayor obstrucción y, sobretodo, se tonifica el control de las decisiones impartidas por la Administración Pública, a fin de que se adecúen a la ley, es decir, haciendo efectivo el principio de legalidad o juridicidad, corrigiendo errores que, no en pocos casos, cometen las Entidades, pero que en ocasiones no son evidenciadas si quiera por ellas mismas, sino por el administrado que termina recurriendo los actos cuestionados.

Con lo anterior, no estamos apoyando a una ligera o irresponsable interposición de apelaciones, claro que no. Nos referimos a que el desincentivo no debe ser ex ante a la impugnación, sino ex post, o sea, a modo de consecuencia de la interposición de un recurso de apelación malicioso, ya que por sí misma, la mera apelación no debe ser mal vista en tanto proviene del ejercicio legítimo del derecho de defensa del administrado, y que va en armonía con una serie de principios enunciados. Por lo tanto, coincidimos en que solo se sancione el recurso cuando sea malicioso o manifiestamente malicioso en atención a dos motivos.

Primero, cuando la satisfacción de la necesidad pública que conllevó al procedimiento de selección se haya dilatado y, por consiguiente, la contratación respectiva, a su vez, se haya prolongado del tiempo planificado. Es más, deberá ser un agravante, como veremos después, que el impugnante haya obtenido un beneficio ilícito durante el tiempo de la impugnación maliciosa, pues de lo contrario, la sanción se internalizaría al monto de la ganancia por la apelación y, en tal sentido, podría no llegar a ser eficaz.

Segundo, cuando se genere mayores gastos al Estado, como puede ser, aunque dependiendo del caso en concreto, al tener que realizar una contratación complementaria con el proveedor actual por un monto económico que hubiese sido evitado de haber contratado antes al nuevo proveedor, según los plazos de ley, y sin incluir el tiempo que demoró en resolverse la

apelación contra la adjudicación de este último. Otro escenario puede significar cuando se tenga que contratar directamente por el desabastecimiento generado con la apelación, que en más de una oportunidad, conociéndose de la situación de apremio de la Entidad, se han elevado intempestivamente los precios del mercado, generando así un mayor desembolso del erario público.

4.2 Agravante de la sanción por el beneficio ilícito obtenido mediante la interposición del recurso de apelación

Aunado a la sanción por la interposición de un recurso malicioso o manifiestamente malicioso, creemos que debe añadirse un agravante en consideración a estos supuestos para que el desincentivo sea efectivo.

Nos referimos al supuesto ya expuesto en el cual el impugnante es proveedor actual de la Entidad, y quien posiblemente tenga mayores motivaciones, en comparación de los demás participantes y postores, para apelar y dilatar maliciosamente el procedimiento de selección, especialmente cuando su objeto esté en función a una prestación que debe ser continua pues afecta al funcionamiento normal de la Entidad, y es que conforme hemos señalado, durante el tiempo en que se ventila el recurso de apelación, lo más probable es que el proveedor impugnante (contratista actual) siga con las prestaciones materia de la convocatoria en tanto resulta lo más lógico y razonable para evitar dilaciones que compliquen la inmediatez de la prestación necesaria para el funcionamiento continuo de la Entidad.

Sobre el particular, Mario Linares alude lo siguiente:

[...] otro obstáculo, el de la caución de ley que se triplicó, pasando de un 1% del valor referencial del contrato al 3 % del mismo valor, cantidad que suena a escándalo si la comparamos con otros regímenes y que lejos de ser una técnica de filtro de impugnaciones temerarias o **de conveniencia para el impugnante que al mismo tiempo es contratista en ejercicio y le interesa un alargue de su vínculo**

contractual, constituye un régimen que vulnera el derecho constitucional de recurrir las decisiones de la Administración [...] [el subrayado es mío] (Linares 2013: 186).

Al ser conscientes de esta circunstancia, el Estado no puede ser ajeno y únicamente aplicar una multa fija, conforme se regula hasta la actualidad, pues conlleva a que, el apelante de mala fe, internalice, primero, el monto de la sanción y de otro, la garantía de impugnación – que bien sabe-, tiene altas probabilidades de ser ejecutada. Todo ello, internalizado dentro de la ganancia que terminará recibiendo por la continuación de su prestación mientras se resuelve el recurso de apelación, careciendo entonces de sentido y razonabilidad la multa en cuestión, y así también, lo es el objeto de la garantía de impugnación, que es desincentivar las apelaciones maliciosas que buscan dilatar los procedimientos de selección.

No debe olvidarse al respecto que, el numeral 3 del artículo 246° del TUO LPAG preceptúa al principio de razonabilidad, con el cual se dispone lo siguiente:

Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción [...]

Frente a ello, corresponde aplicar un agravante que incluya la sanción en conjunto al comiso del beneficio ilícito obtenido a través del recurso temerario. Para efectos del presente trabajo, no ahondaremos en el debate sobre el carácter que tiene el comiso del beneficio ilícito, es decir, si es de naturaleza es civil, o una medida de seguridad, o de naturaleza mixta o sui generis, ya que resulta ser un tema que escapa a la presente investigación; sin embargo, rescatamos su aporte para evitar que las sanciones sean inútiles e ineficaces.

Siguiendo esta idea, entonces la respuesta contra el infractor que es contratista actual de la Entidad se compondrá de dos elementos. “Mientras la primera [sanción] tiene un evidente carácter punitivo, la segunda [comiso del beneficio ilícito] carece de tal carácter y se orienta a la neutralización de un enriquecimiento ilícito” (Gómez 2012: 7).

De este modo, nos acercaremos a un mejor desincentivo sobre un posible infractor, luego de que este determine que, la imposición de la sanción, sumado al comiso del beneficio ilícito, no resultará rentable para sus intereses económicos.

4.3 Tratamiento diferenciado respecto de situaciones particulares

Como bien hemos adelantado, la garantía por interposición de recurso de apelación es exigible a todo participante y postor para impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento, hasta antes del perfeccionamiento del contrato, con la salvedad de aquellos actos que la normativa de contratación pública establezca.

Ya explicamos por qué discrepamos de la exigibilidad de este requisito, no obstante, es importante resaltar que, a diferencia de por ejemplo, la garantía de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias, no se han establecido facilidades económicas para afrontar los gastos que implica la garantía impugnatoria, cercenando así la posibilidad, sobretodo, del empresario emergente y la micro y pequeña empresa, cuya situación, en la mayoría de casos, no será la mejor en comparación del empresariado que tiene más tiempo de actividad en el mercado y, asimismo, solidez económica.

Con relación a ello, el nivel de solidez económica es relevante frente a la Entidad convocante, pues de tal modo se reducirá la posibilidad de incumplir las obligaciones que corresponden al contrato y que están ligadas a una finalidad pública, pero a su vez, ello no debe ser óbice para recurrir el acto expedido por la Administración Pública en un procedimiento de selección.

En lo relativo a este asunto, Guido Santiago Tawil, discrepando de Laura Monti, sobre la excepción al pago de la garantía por el potencial impugnante que demuestre la desproporcionalidad de su monto en función a la situación económica y financiera en la cual se encuentra, señala que “Si bien ello podría eventualmente ocurrir, en tanto la participación en la licitación presupone una cierta capacidad financiera mínima –no exigible, por el contrario, a quienes participan en un proceso judicial- la imposibilidad de afrontar la garantía podía importar la exteriorización de la ausencia de la capacidad requerida” (Tawil 2007 : 28).

A nuestro parecer, el desconocer la situación del pequeño y micro empresariado, y generalizar la exigencia de la garantía de impugnación bajo la presunción de que todo participante y postor de un procedimiento de selección debe tener solidez económica, no hace más que ratificar la desatención en cuanto a la particularidad de estos administrados, quienes no solo porque se rehúsen al aporte de la garantía implica que no tengan solidez económica; sin embargo, no es equitativo exigirles a estos el mismo porcentaje que a una empresa más afianzada en el mercado.

En tal extremo, compartimos la opinión de Mario Linares, en tanto que, “Si bien es cierto que quienes participan en un procedimiento de selección deben tener una economía sólida en virtud de asegurar su probable selección como contratista, no es justificable que se exija una caución como requisito de interposición del recurso, más aún, si el valor es desproporcional [...]” (Linares 2013: 189).

Sin perjuicio de que mantenemos una posición contraria a la exigencia de una garantía por interposición de recurso de apelación, debe observarse, en primer lugar, y con mayor atención, a la situación particular del empresariado cuya onerosidad no es equiparable al de aquel empresario con mayor solvencia dado sus años de actividad en el mercado.

Si bien somos conscientes de que la cantidad de años no necesariamente conlleva a una mejor situación económica, creemos que es un factor de ventaja frente a aquellos que todavía no

tienen este tiempo de actividad. Es por tal razón que el Estado, a través de la LCE y el RLCE, se ha preocupado por equiparar esta situación, por ejemplo -además de la garantía de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias-, al dar prioridad a aquel postor que es micro y pequeña empresa, o al consorcio que esté conformado por estos cuando empatan dos o más ofertas en puntaje con motivo de un procedimiento de adjudicación simplificada.

La presente reflexión, es un argumento más por el cual no debe exigirse la garantía de impugnación; no obstante, en el supuesto que se decida continuar con esta, al menos debe exceptuarse para los proveedores cuya situación pueda verse repercutida dada su particularidad y que, a modo enunciativo, nos hemos referido a las micro y pequeñas empresas.

Fundamos este criterio en atención al principio de igualdad de trato, recogido en la propia LCE, que dispone lo siguiente:

Igualdad de trato. 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 [el subrayado es mío].

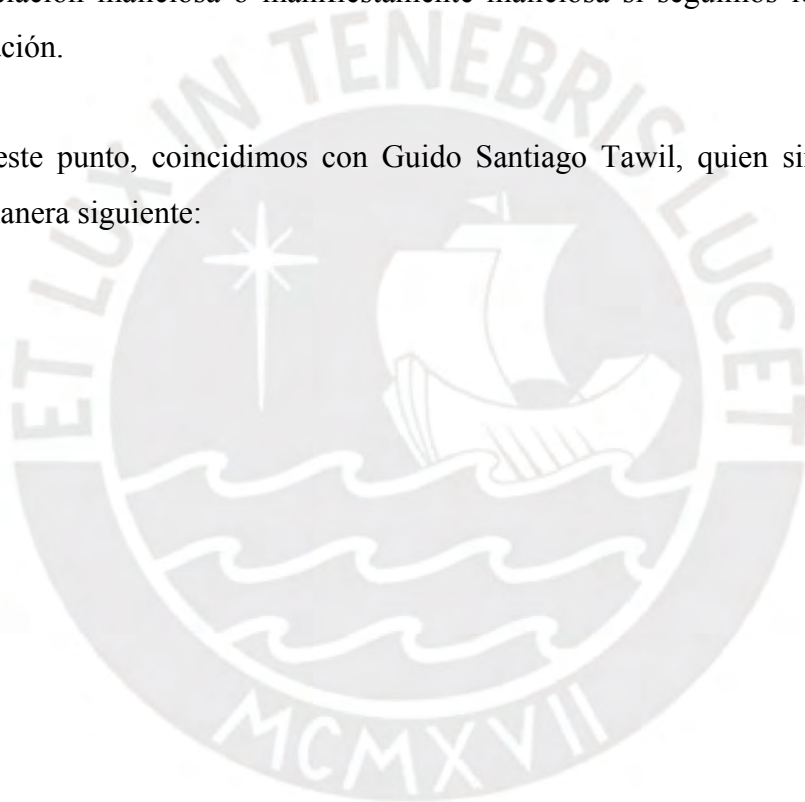
4.4 Devolución de la garantía por interposición del recurso de apelación en consideración a la fundamentación del impugnante

Una alternativa que ha sido estudiada en el derecho comparado, antes esbozado, es la obligatoria presentación de la garantía de impugnación a efectos de interponer el recurso de apelación; sin embargo, su ejecución no está en función de si el recurso fue declarado infundado, motivo suficiente como ocurre en nuestra legislación para perder la referida garantía, sino en determinar si la fundamentación planteada por el impugnante tiene un

sustento que haya valido la discusión sobre la controversia y, si no lo fuera, como en el caso de las impugnaciones maliciosas o temerarias, deben recién ejecutarse.

Nótese que, a diferencia de lo desarrollado en el numeral 3.2, la garantía en esta alternativa sigue exigiéndose para la admisibilidad del recurso; no obstante, el cambio radicaría en que la devolución es la regla, y la ejecución la excepción, no siendo suficiente que el recurso sea declarado infundado o infundado en parte, sino que no haya existido una argumentación que haya meritado una discusión y, por tanto, la dilación del procedimiento de selección. Es decir, una apelación maliciosa o manifiestamente maliciosa si seguimos lo dispuesto en nuestra legislación.

En cuanto a este punto, coincidimos con Guido Santiago Tawil, quien sintetiza la idea expuesta de manera siguiente:



5. Conclusiones

La garantía por interposición de recurso de apelación es una garantía sui generis que resulta ilegal, en tanto vulnera el derecho de defensa de los administrados en el curso del procedimiento de selección y, asimismo, trasgrede los principios del debido procedimiento, eficacia, verdad material y participación, los cuales son de aplicación común a todo procedimiento administrativo especial.

El condicionamiento de una garantía para recién habilitar a que el administrado interponga un recurso de apelación y ejerza un derecho legítimo, se asemeja al principio proscrito del solve et repete, en tanto que se configura como un obstáculo desproporcionado y contrario a su derecho, ya que constituye una interferencia económica para el acceso a la justicia, el mismo que no puede ser condicionado bajo ningún supuesto.

En el derecho comparado, el tratamiento del recurso de apelación ha tenido distintos alcances en la contratación pública. En el caso de España, por ejemplo, no se exige una garantía o el abono de un monto específico para la admisión de un recurso de apelación; sin embargo, sí se sanciona pecuniariamente a quien impugne maliciosamente, y/o haya ocasionado un perjuicio a la Entidad convocante, y/o hacia los demás postores. En Argentina, a diferencia del anterior, se ha determinado seguir una regulación similar a la nuestra, en el sentido que se exige una garantía ascendente al 3% del monto de la oferta ganadora y, de no ser acogido el recurso, será finalmente ejecutada. Un dato en particular es que, pese al intercambio de opiniones y posiciones, y sobre todo de desacuerdos, se terminó modificando su normativa para exigir en adelante la garantía en cuestión. Distinto ocurre con Costa Rica, donde inicialmente se disponía que la garantía de participación sería ejecutada si no se acogía la apelación; no obstante, esta regulación se declaró inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de su país al determinarse que constituía una sanción económica para el ejercicio de un derecho fundamental y que, de igual modo, resultaba desproporcionada e irrazonable para acceder a la justicia administrativa.

Ante la incongruencia de la regulación actual, esto es, de imponer una sanción pecuniaria al administrado que interponga una apelación maliciosa o manifiestamente infundada, y adicionalmente, se ejecute su garantía impugnatoria, se propone que, únicamente, en propósitos específicos, se mantenga la multa cuando se presenten recursos maliciosos o manifiestamente infundados y, por consiguiente, se elimine la garantía por interposición de recurso de apelación para la admisibilidad del mismo. De tal modo, se evitará el condicionamiento económico ex ante que viene disuadiendo tanto apelaciones maliciosas y no maliciosas, y que a su vez reduce el mejor control sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades convocantes.

Para evitar que la multa por interposición del recurso de apelación sea ineficaz sobre el impugnante que, al mismo tiempo, es contratista, debe sumarse a la sanción el comiso por el beneficio ilícito obtenido tras interponer la impugnación maliciosa o manifiestamente infundada.

Al igual que en otros supuestos de la normativa de contratación pública, y si se decide continuar exigiendo esta garantía impugnatoria, conforme al principio de igualdad de trato se debe exceptuar su presentación -al menos- a los proveedores que estén acreditados como micro y pequeñas empresas o cuyo capital no sea lo suficientemente ostentoso en comparación de otros proveedores con mayor tiempo de actividad económica en el mercado.

Una alternativa razonable que aminore la afectación al derecho de los administrados, así como a los principios enunciados, es modificar la regla sobre la ejecución de la garantía por interposición del recurso de apelación, en el sentido que, únicamente, se ejecute cuando se determine que el recurso fue interpuesto maliciosamente. Es decir, la garantía impugnatoria se mantendrá como un requisito de admisibilidad, pero, que no se acoja, no implicará necesariamente que la garantía se ejecute, pues partimos del supuesto que el impugnante está ejerciendo un derecho legítimo de defensa y, más bien, solo será ejecutada cuando se determine que hizo un mal uso de este derecho.

6. Bibliografía

- BEJARANO, Manuel
1983 *Obligaciones civiles*. Segunda Edición. México: Harla.
- BOHORQUEZ, Mercedes
1992 *Las garantías en la contratación pública*. Guayaquil: Edino.
- BORDA, Guillermo
1994 *Manual de derechos reales*. Cuarta edición. Buenos Aires: Perrot.
- CHOJKIER, Raquel y Alejandro DUBISNKI
S/F *Garantía para impugnar pliegos y preadjudicaciones. Su inconstitucionalidad*. Buenos Aires.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6bqbIPyThjYJ:www.estudioiodubinski.com.ar/Garantiaparaimpugnarpliegos.doc+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=pe>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
2003 *Opinión consultivo OC-18/93 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. San José.

<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/GuiaPUCPregistroyciudadodefuentes-2015.pdf>
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel
2004 “El contrato de garantía”. *Themis*. Lima, Núm. 49, pp. 205-208.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/867>
- DE MENDIZABAL, Rafael
1964 “Significado actual del principio «solve et repete»”. *Revista de administración pública*. Madrid, N° 43, pp. 107-160.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2115727>
- DROMI, Roberto
2006 *Licitación Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.

- ESCRIBANO, Pedro y María BENAVENTE
2003 “De las garantías exigidas para los contratos con la Administración”. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tomo II*. Granada: Comares, pp. 437-444.
- GARCÍA, Eduardo
2013 “La adjudicación del contrato público. Una reforma ineludible”. Consulta: 10 de octubre de 2018.
http://www.academia.edu/5545457/_LA_ADJUDICACION_DEL_CONTRATO_PUBLICO._uNA_REFORMA_INELUDIBLE_
- GARCIA-TREVIJANO, Ernesto
1997 *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ, Manuel
2012 “Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Madrid, Nº 31.
https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=412379&d=1
- LINARES, Mario
2013 *Contratación Pública. Derecho Local, Internacional y de la Integración*. Segunda Edición. Lima: Linares Consultores S.A.C.
- MARTÍNEZ, Marco Antonio
2006 “Constitución de garantías en el régimen de contratación pública”. *Actualidad jurídica*. Lima, Tomo 147, pp. 176-181.
- MEILÁN, José Luis
2004 “Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos”. *Anuario de facultade de dereito de Universidade da Coruña*. La Coruña, Nº 8, pp. 508-518.
- MENDIZÁBAL, Rafael
1964 “Significado actual del principio «solve et repete»”. *Revista de administración pública*. Madrid, Nº 43, pp. 107-160. Consulta: 17 de setiembre de 2018.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2115727>
- MORÓN, Juan Carlos
2017 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Décimo Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

MONEDERO, José Ignacio

1977 *Doctrina del Contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

PACHECO, Leandro y María Victoria, FINN

2013 “Garantías y contratación administrativa. Mantenimiento de oferta, cumplimiento de contrato, contragarantía e impugnaciones en el procedimiento”. En CASSAGNE, Juan Carlos. *Tratado general de los contratos públicos*. Buenos Aires: La Ley, pp. 1073-1103.

RODRÍGUEZ, Carlos

2009 “Las Garantías en la Ley de Contrataciones del Estado”. *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, N° 7, pp. 139-154.

TAWIL, Guido

2007 “¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?”. *Derecho y Sociedad*. Lima, Año XVIII, N° 29, pp. 21-35.

TRABUCCHI, Alberto

1967 “Los elementos accidentales del negocio jurídico. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado, pp. 185-195.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1996 *Expediente N° 067-93-AA/TC*. Sentencia: 12 de diciembre de 1996. Consulta: 10 de octubre de 2018.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00067-1993-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Expediente N° 3741-2004-AA/TC*. Sentencia: 14 de noviembre de 2005. Consulta: 21 de setiembre de 2018.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 *Expediente N° 5871-2005-PA/TC*. Sentencia: 27 de enero de 2006. Consulta: 15 de octubre de 2018.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/05871-2005-AA.pdf>

TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

2007

Expediente N° 1644/2006.TC. Resolución de fecha 08 de febrero de 2007. Consulta:
19 de setiembre de 2018.

