

**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**

**Facultad de Derecho y Ciencia Política.**

**Escuela Profesional de Derecho**



**TESIS**

**APLICACIÓN ARBITRARIA DE PENALIDADES EN  
EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES CON EL  
ESTADO Y EL DEBIDO PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO**

Para optar : El Título Profesional de Abogada  
Autor(es) : Bach. Gisela Wendy Chuco Osorio  
Asesor : Abg. Rubén W. García De La Cruz  
Línea de investigación : Desarrollo Humano y Derechos  
Institucional  
Área de investigación : Ciencias Sociales  
Institucional  
Fecha de inicio y : 08-10-2021 a 02-05-2022  
Culminación

**HUANCAYO – PERÚ**

**2022**

**HOJA DE JURADOS**

**DR. LUIS POMA LAGOS**  
Decano de la Facultad de Derecho

**ABOG. MARCO ANTONIO GUTARRA BALTAZAR**  
Docente Revisor Titular 1

**MG. PEDRO SAUL CUNYAS ENRIQUEZ**  
Docente Revisor Titular 2

**ABOG. LUIS ALFREDO CALDERON VILLEGAS**  
Docente Revisor Titular 3

**MG. CARLOS JAVIERCANCHUMANYA CAMARGO**  
Docente Revisor Suplente

**DEDICATORIA:**

A mi abuela, mis padres: Rebeca y David, a mis hermanos por su apoyo incondicional, por sus consejos, pilares fundamentales en mi vida, porque gracias a ellos hoy puedo ver alcanzada uno de mis logros.

## **AGRADECIMIENTO**

Expreso mi agradecimiento al asesor de esta tesis, por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por el respeto a las sugerencias e ideas, por la dirección y el rigor que ha tenido conmigo, por sus palabras de aliento, por haberme acompañado en este camino de la tesis.

Agradezco, a mi alma mater Universidad Peruana los Andes, y cada uno de mis catedráticos, que me brindaron todo su tiempo y por todas las enseñanzas durante los 6 años que duro esta hermosa carrera, las mañanas, tardes y noches que pasamos en aquellas aulas universitarias, junto con mis compañeros, y profesores son un hermoso recuerdo en mi corazón.



**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN**



## **CONSTANCIA DE SIMILITUD**

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

### **Deja Constancia:**

Que, se ha revisado el archivo digital de la Tesis, del Bachiller **CHUCO OSORIO GISELA WENDY**, cuyo título del Trabajo de Investigación es: **"APLICACIÓN ARBITRARIA DE PENALIDADES EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO Y EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO."**, a través del **SOFTWARE TURNITIN** obteniendo el porcentaje de **20 %** de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 19 de setiembre del 2022.

**DR. OSCAR EUCIO NINAMANGO SOLÍS**  
**DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN**  
**DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.**

## CONTENIDO

HOJA DE JURADOS .....	ii
DEDICATORIA: .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	iv
CONTENIDO .....	vi
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT .....	x
INTRODUCCIÓN .....	xi
CAPÍTULO I.....	13
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	13
1.1. Descripción del problema .....	13
1.2. Delimitación del problema.....	16
1.2.1. Delimitación espacial.....	16
1.2.2. Delimitación temporal .....	16
1.2.3. Delimitación conceptual.....	16
1.3. Formulación del problema.....	16
1.3.1. Problema general.....	16
1.3.2. Problemas específicos .....	16
1.4. Objetivos.....	17
1.4.1. Objetivo General.....	17
1.4.2. Objetivos Específicos.....	17
1.5. Justificación de la investigación .....	17
1.5.1. Social.....	17
1.5.2. Científica – teórica .....	17
1.5.3. Metodológica.....	18
1.6. Supuestos y categorías .....	18
1.6.1. Supuesto.....	18
1.6.1.1. Supuesto General.....	18
1.6.1.2. Supuestos Específicos:.....	18
1.6.2. Categorías.....	19
1.6.3. Operacionalización de las categorías.....	19
CAPÍTULO II.....	22
MARCO TEÓRICO .....	22

2.1. Antecedentes de la investigación .....	22
2.2. Bases teóricas.....	29
2.2.1. Penalidades.....	29
2.2.2. Derecho al debido procedimiento administrativo .....	33
2.2.3. Caso fortuito o fuerza mayor.....	38
2.2.4. Evolución normativa de las contrataciones con el Estado .....	42
2.2.5. Conceptos generales .....	44
2.2.5.1. Finalidad de la norma .....	44
2.2.5.2. Principios de la norma .....	47
2.2.5.3. Ámbito de aplicación de la norma .....	49
2.2.6. Las modalidades en las contrataciones con el Estado .....	51
2.2.7. La fase de ejecución contractual en las Contrataciones con el Estado .....	54
2.2.7.1. Conciliación, Arbitraje y Junta de resolución de disputas....	55
2.2.8. Consideraciones conceptuales en las contrataciones con el Estado ..	56
2.2.9. Principio de eficiencia de la administración pública.....	63
2.2.9.1. Relación entre las variables de estudio.....	64
2.2.10. Interés Público .....	66
2.3. Definición de conceptos .....	66
2.3.1. OSCE.....	66
2.3.2. Principio de eficiencia de la administración pública.....	67
2.3.3. Transparencia de la información.....	67
2.3.4. Debido procedimiento administrativo .....	67
CAPÍTULO III .....	68
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	68
3.1. Metodología.....	68
3.2. Tipo de estudio .....	68
3.3. Nivel de estudio .....	69
3.4. Diseño de estudio.....	69
3.5. Escenario de estudio.....	69
3.6. Población y muestra .....	69
3.7. Trayectoria metodológica.....	69
3.8. Mapeamiento .....	70

3.9. Rigor científico .....	70
3.10. Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	70
CAPÍTULO IV .....	71
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	71
4.1. Presentación de resultados.....	71
4.2. Contrastación de supuestos.....	75
4.2.1. Contrastación del Supuesto General: .....	75
4.2.2. Contrastación del primer supuesto específico .....	76
4.2.3. Contrastación del segundo supuesto específico.....	76
4.3. Discusión de resultados .....	77
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES .....	80
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	81
ANEXOS.....	83

## RESUMEN

Según el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se realiza una penalidad en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, aplicando al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento del monto del contrato vigente o de ser el caso.

El problema general de la presente es: ¿de qué manera la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas?, siendo su objetivo general: determinar de qué manera la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas. El supuesto general planteado fue que: La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas. Los métodos generales que se utilizaron fueron el método hermenéutico jurídico, enfoque cualitativo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico dogmático, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal.

Como conclusión de la presente investigación se ha mencionado lo siguiente: se ha determinado que la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas, al establecerse sanciones desproporcionadas y arbitrarias, utilizando de manera desmedida la figura de la penalidad, sin realizar una adecuada revisión del estado del contrato.

**PALABRAS CLAVES:** Penalidades, Contrataciones con el Estado, Derecho al debido procedimiento administrativo.

## ABSTRACT

According to the Regulations of the State Procurement Law, a penalty is imposed in case of unjustified delay in the execution of the services covered by the contract, applying to the contractor a penalty for each day of delay, up to a maximum amount equivalent to ten per percent of the amount of the current contract or if applicable.

The general problem here is: how does the arbitrary application of penalties in the field of contracting with the State affect the right to due administrative procedure of contractors? Being its general objective: to determine how the arbitrary application of penalties in the field of contracting with the State affects the right to due administrative procedure of contractors. The general hypothesis raised was that: The arbitrary application of penalties in the field of contracting with the State directly and significantly affects the right to due administrative procedure of contractors. The general methods that were used were the

legal hermeneutic method, a qualitative approach, their type of research being of a dogmatic legal nature, the level of research is explanatory, non-experimental research design and cross-cutting.

As a conclusion of the present investigation, the following has been mentioned: it has been determined that the arbitrary application of penalties in the field of contracting with the State directly and significantly affects the right to due administrative procedure of contractors, by imposing disproportionate sanctions. and arbitrary, using in an excessive way the figure of the penalty, without carrying out an adequate review of the state of the contract.

**KEY WORDS:** Penalties, Contracting with the State, Right to due administrative procedure.

## INTRODUCCIÓN

Las Contrataciones con el Estado son el vínculo jurídico entre una persona (física o jurídica), y el gobierno, con la finalidad de proveer de bienes o servicios. Las características de cada tipo de contrato dependerán del valor total del contrato y el objeto. Existe una normativa que actúa como marco en todo el proceso. El objetivo de dicha regulación sería brindar transparencia y eficiencia en el proceso de contratación.

Ahora bien, en el caso de incumplimiento contractual, se emplea la figura de las penalidades, que constituyen un mecanismo de resarcimiento para la Entidad, la cual se genera cuando por culpa del contratista, existe atrasos en el cumplimiento de las prestaciones pactadas (penalidad por mora) o una ejecución deficiente según el objeto contractual (otras penalidades establecidas en las Bases).

En ese sentido, la investigación pretende abordar el estudio si efectivamente dichas penalidades no afectan el derecho al debido procedimiento administrativo, cuando estas se emplean de forma arbitraria y desproporcionada, que en determinadas ocasiones sucede, por parte de la entidad.

A nivel metodológico se ha establecido lo siguiente: el problema general de la presente es: ¿de qué manera la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas?, siendo su objetivo general: determinar de qué manera la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas. El supuesto general fue que: La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas. El método general que se utilizó fue el método hermenéutico jurídico, enfoque cualitativo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico dogmático, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal.

Asimismo, la presente tesis se encuentra dividida en cuatro capítulos, siendo su estructura la siguiente:

En el primer capítulo denominado Planteamiento del problema, se desarrolla la descripción de la realidad problemática, formulación del problema, justificación de la investigación y la delimitación de la investigación.

En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la investigación, marco conceptual y marco legal.

En el tercer capítulo denominado Metodología de la investigación, se desarrollan aspectos como: métodos de investigación, tipos y niveles, diseño de investigación, técnicas de investigación e instrumento, y técnicas de análisis de datos.

En el cuarto capítulo denominado Resultados de la investigación, se consideran los siguientes ítems: presentación de resultados y la discusión de resultados.

Y finalmente, se han redactado las conclusiones y recomendaciones; como las referencias bibliográficas y anexos.

**LA AUTORA.**

## **CAPÍTULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1. Descripción del problema**

Debe indicarse que las penalidades en la ejecución contractual, constituyen un mecanismo de resarcimiento para la Entidad, la cual se genera cuando por culpa del contratista, existe atrasos en el cumplimiento de las prestaciones pactadas (penalidad por mora) o una ejecución deficiente según el objeto contractual (otras penalidades establecidas en las Bases.

A nivel mundial, se debe indicar que el proceso de contrataciones con el Estado es un aspecto que genera diferentes controversias, hecho que se puede evidenciar en diferentes países de la región, como México, Argentina, Colombia, entre otros, en donde la calidad de obras públicas con que estas se ejecutan, son parte de la problemática que enfrenta la gestión pública en todos los países, así por ejemplo en Chile, el 73.9% de los casos el valor público que debería brindar una obra a la sociedad se ve perjudicada por mayores gastos, donde la insuficiente información necesaria para los proyectos como los estudios de ingeniería, estudios de suelos, geológicos, hidrológicos, climatológicos del lugar donde se ejecuta proyecto, deficiencias en aplicación de la normativa de constructivas y las regulaciones en función de la tipología que presenta el proyecto o por inaplicabilidad de elementos ambientales y sociales, “son en su conjunto las que representan las causas principales de la ineficiencia del gasto, ocasionando un presupuesto de la obra que no brinda satisfacción con la totalidad de los componentes técnicos básico”.(Vasallo, 2015, ,p. 15).

Ahora bien, a nivel nacional, se puede indicar que, en el Perú las contrataciones públicas, se regulan por la Ley N° 30225, y sus modificatorias, y su ente rector el Organismo Superior de Contrataciones del estado (OSCE), tiene entre sus funciones más relevantes la de realizar acciones de supervisión y aprobar modificaciones a la normativa. La primera versión de la Ley N° 30225, salió el 11 de julio de 2014, estas modificaciones buscan mejorar la gestión de los procedimientos de contratación para la adquisición de bienes, servicios, consultorías de obra y ejecución de obras que se conducen bajo el ámbito de la normativa ya que principalmente estas modificaciones tratan de incorporar procesos

tecnológicos con el fin de hacer de los procesos más transparentes. La (Defensoría del Pueblo, 2015) señala que, a pesar de haberse aprobado la Ley de transparencia y acceso a la información pública, considera que aún existen dificultades como negativas injustificadas, demora en las respuestas, cobros ilegales, etc. Asimismo, de acuerdo a la supervisión realizada a los Portales de Transparencia Estándar (PTE), de los gobiernos regionales, ministerios y municipalidades, estas últimas muestran el más bajo índice en difusión de las contrataciones que realizan. Ello implica que los funcionarios públicos rindan cuentas sobre las decisiones que adoptan y que las personas puedan solicitar y acceder a la información completa y veraz que debe obrar en las entidades públicas. Ahora, en relación a las responsabilidades propias de las entidades, también se observan serios cuestionamientos a la forma en que se resuelven las disputas con las empresas contratistas.

Ahora bien, a nivel local, región Junín, también pueden advertirse casos en donde se ha podido evidenciar ciertos índices de corrupción, tanto a nivel del gobierno regional, como también a nivel de los gobiernos distritales, hecho que incide directamente en la arcas del Estado, así, también se ha podido observar que a nivel normativo, existen diferentes hechos que acreditan que muchas entidades locales vienen aplicando penalidades arbitrarias a la empresas contratistas, sin que se acredite un adecuado derecho al debido procedimiento.

Mediante la Opinión N° 027-2010 2010/DTN, el OSCE señala que la penalidad por mora tiene por finalidad incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato. De lo expresado, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas y se constituye como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

Adicionalmente expresa que la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista ha ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío. De esa forma, se la concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor.

La penalidad por mora es aplicada en caso de retraso injustificado en la ejecución de la prestación a cargo del contratista. Se aplica por cada día de atraso hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

En tal contexto, puede agregarse que la penalidad en el ámbito de las contrataciones públicas comparte ciertas características con la penalidad convencional, enumeradas por (Morón, 2019), tales como a) accesoriedad; b) subsidiariedad; c) condicionalidad; d) no requiere la acreditación de algún daño real. No tiene una función sancionadora, sino reparadora y existen dos tipos dentro de la contratación pública: la penalidad por mora y por otros incumplimientos, contando con características específicas, reseñadas por el referido autor, las cuales son las siguientes: unilateralidad, pues la entidad la determina, no habiendo participación alguna del contratista o de un tercero; la mora es automática, no siendo necesario que la entidad requiera el cumplimiento del contrato al contratista previamente a la aplicación; la aplicabilidad de la prestación es dentro de la vigencia del contrato hasta la liquidación; su aplicación debe ser objetiva, razonable y congruente; asimismo, su aplicación debe cumplir con el debido procedimiento.

La aplicación de la penalidad por mora dependerá de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. De esta manera, en concordancia con lo señalado por esta Dirección mediante Opinión N° 103-2019/DTN, si el contrato es uno de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

Así, en los contratos de ejecución periódica, son sus correspondientes prestaciones parciales aquellas susceptibles de ser penalizadas; es decir, en caso de que se configure un retraso injustificado serán estas prestaciones parciales las “prestaciones individuales” que deben ser consideradas para realizar el cálculo del monto de la penalidad por mora.

El problema, sin embargo, deviene cuando la entidad aplica determinadas penalidades sin ningún tipo de criterio objetivo y razonable, sino más bien, incurriendo en decisiones discrecionales y arbitrarias, carentes de proporcionalidad, lo cual es una clara afectación a los derechos vinculados al debido procedimiento administrativo reconocido a los contratistas.

## **1.2.Delimitación del problema**

### **1.2.1. Delimitación espacial**

La investigación se realizó en la ciudad de Huancayo, perteneciente a la región Junín.

### **1.2.2. Delimitación temporal**

La investigación consideró para su desarrollo como datos de estudio el año 2020.

### **1.2.3. Delimitación conceptual.**

- Contrato público.
- Penalidades.
- Garantías.
- Ejecución contractual.
- Derecho al debido procedimiento administrativo.
- Principio de transparencia.
- Perjuicio económico.
- Administración pública.
- Mora en la ejecución contractual

## **1.3.Formulación del problema**

### **1.3.1. Problema general**

¿De qué manera la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas?

### **1.3.2. Problemas específicos**

**1.3.2.1.** ¿Cómo la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho a la defensa de los contratistas?

**1.3.2.2.** ¿Cómo la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho a la proporcionalidad de las sanciones administrativas de los contratistas?

## **1.4.Objetivos**

### **1.4.1. Objetivo General**

Determinar de qué manera la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas.

### **1.4.2. Objetivos Específicos**

**1.4.2.1.** Establecer cómo la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho a la defensa de los contratistas.

**1.4.2.2.** Establecer cómo la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho a la proporcionalidad de las sanciones administrativas de los contratistas.

## **1.5.Justificación de la investigación**

### **1.5.1. Social**

La investigación tiene como beneficiarios directos a las personas que contratan con el Estado, a través de los diferentes mecanismos de contratación pública, y en las que son perjudicados debido a criterios arbitrarios en la aplicación de penalidades, afectando su derecho al debido procedimiento administrativo, razón por la cual, se plantea que en este tipo de contratos, se debe exigir que se respeten las garantías a los contratistas, a fin que este tipo de contratos no incurran en sanciones desproporcionadas y arbitrarias.

### **1.5.2. Científica – teórica**

La investigación a nivel teórico se justificó teóricamente en la medida que establecerá criterios normativos para determinar cómo se vulnera el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas, cuando se imponen penalidades arbitrarias, carentes de objetividad, y fundadas en criterios

discrecionales y subjetivos, perjudicando patrimonialmente a este tipo de administrados.

En ese sentido, la investigación abordó un tópico de suma importancia para la doctrina administrativa, ya que se evaluaron los criterios que deben emplearse para que se utilice de forma adecuada este tipo de penalidades, a fin que no se vulnere la garantía esencial del derecho al debido procedimiento administrativo, considerando que desde un enfoque constitucional, esta garantía constituye un pilar importante que debe ser aplicado en todo contexto administrativo, que incluye, lógicamente a las contrataciones con el Estado.

### **1.5.3. Metodológica**

La investigación propuso a nivel metodológico el diseño de un instrumento de investigación, denominada ficha de análisis documental, de acuerdo a los criterios metodológicos de las variables e indicadores de estudio. Dicho instrumento de investigación sirve para que futuros investigadores respecto al tema de estudio propuesto puedan aplicarlo.

## **1.6. Supuestos y categorías**

### **1.6.1. Supuesto**

#### **1.6.1.1. Supuesto General**

La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas.

#### **1.6.1.2. Supuestos Específicos:**

- La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho a la defensa de los contratistas.
- La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho a la proporcionalidad de las sanciones administrativas de los contratistas.

### **1.6.2. Categorías**

– **Categoría independiente:**

Aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado.

– **Categoría dependiente:**

Derecho al debido procedimiento administrativo.

### **1.6.3. Operacionalización de las categorías**

<b>TIPO DE CATEGORÍA</b>	<b>CATEGORÍAS</b>	<b>DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>SUBCATEGORÍAS</b>	<b>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN</b>
CATEGORÍA UNO	Aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado.	“Las penalidades en la ejecución contractual, constituyen un mecanismo de resarcimiento para la Entidad, la cual se genera cuando por culpa del contratista, existe atrasos en el cumplimiento de las prestaciones pactadas (penalidad por mora) o una ejecución deficiente según el objeto contractual (otras penalidades establecidas en las Bases” (Torres, 2018, p. 100).	La penalidad sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas y se constituye como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.	-Contratación excluida de la ley de contrataciones. -Se regulan siempre que exista disposición expresada.	Ficha de análisis documental.
CATEGORÍA DOS	Derecho al debido procedimiento administrativo.	“El debido proceso en sede administrativa importa un conjunto de derechos y principios que forman parte de un contenido mínimo, y que constituyen las garantías indispensables con las que cuenta el administrado frente a la Administración. este derecho implica afirmar que todos los administrados tienen el derecho a la existencia de un	Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.	-Derecho a la defensa. -Derecho al debido procedimiento administrativo.	Ficha de análisis documental.

		<p>procedimiento administrativo previo a la producción de las decisiones administrativas que les conciernan. Correlativamente, la Administración tiene el deber de producir sus decisiones mediante el cumplimiento de las reglas que conforman el procedimiento” (Salazar, 2013, p. 109).</p>			
--	--	--	--	--	--

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes de la investigación**

En el ámbito nacional se consideran los siguientes antecedentes:

(Cuba, 2019) con su publicación titulada: “La buena fe contractual vs penalidades en los contratos públicos: caso de la ley de contrataciones del Estado”. Presentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Siendo las siguientes sus conclusiones:

- La LCE y su Reglamento han establecido que la aplicación de la penalidad por mora se genera de forma automática, siempre y cuando medie de por medio una razón o causa injustificada, en cuyo caso el Contratista tiene la carga de solicitar una ampliación de plazo de acuerdo al procedimiento y plazo oportuno que establece la Ley.
- En el supuesto que el Contratista ha incurrido en penalidad producto de una serie de hechos que no le son imputables, en el cual el contratista ha actuado de buena fe, no es posible aplicar la penalidad automática, toda vez que al Contratista le asiste un derecho que por Ley ya ha sido reconocido, incluso por el Tribunal Constitucional cuando hace referencia a la inaplicación de Cláusulas abusivas.

(Borda, Juárez, y Sanchez, 2016) con su tesis titulada: “Evaluación del Régimen de Penalidades en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público”. Sustentada en la Universidad del Pacífico, Lima. para optar el Grado Académico de Magíster en Regulación de Servicios Públicos. Planteó como objetivo: evaluar, de forma crítica, el régimen de penalidades contenido en los contratos de concesión de infraestructura de uso público y el desempeño del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) al momento de imponer penalidades a dichos concesionarios. La metodología de investigación fue: histórica-jurídica. El enfoque de investigación fue: interseccional. El análisis de investigación fue: exegético. El método de investigación fue: inductivo. Siendo las siguientes sus conclusiones:

- Una penalidad y una sanción administrativa no son iguales, aunque muestren semejanzas. Ambas cuentan con distinta naturaleza y fines particulares, y su diferenciación es reconocida en el nivel teórico por la doctrina vigente. La penalidad busca definir con anterioridad la indemnización respectiva de la parte afectada por el daño que el incumplimiento le genera e incentivar el cumplimiento del contrato. En el caso de los contratos de concesión de infraestructura de uso público, la penalidad debería responder a la indemnización correspondiente al Estado por el daño generado al interés público por parte del concesionario, al prestar de manera defectuosa el servicio público vinculado o no prestarlo.
- Los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado peruano incorporan un régimen de penalidades heterogéneo que, en esencia, lo equipara al régimen administrativo sancionador. Es decir, no se han determinado las conductas específicas que constituyen un incumplimiento grave y que, en razón de ello, deben sujetarse al régimen de penalidades, mediante la cuantificación del monto de la indemnización por el daño generado ante la prestación defectuosa del servicio público. Prueba de ello es la elevada incidencia de incumplimientos en los sectores de puertos y aeropuertos, aunque no se acerque al porcentaje de penalidades acumuladas necesarias para que la concesión se encuentre en supuesto de caducidad.
- Más allá de los defectos de concepción del régimen de penalidades incorporado en cada contrato de concesión de infraestructura de uso público, el OSITRAN ha mostrado un comportamiento errático al momento de determinar la comisión de un incumplimiento contractual y de imponer la penalidad correspondiente.

(Mango, 2016) con su tesis titulada: “Análisis de los principios que rigen las contrataciones del Estado para optimizar los procedimientos de selección de los Gobiernos Locales: caso Municipalidad Provincial de Azángaro”. Sustentada en la Universidad Nacional de San Agustín, para optar el título de Abogada. Planteó

como objetivo: realizar el análisis de los Principios que rigen las Contrataciones del Estado para optimizar los Procedimientos de Selección de los Gobiernos Locales: Caso Municipalidad Provincial de Azángaro años 2014 - 2016. El tipo de investigación es: descriptiva, explicativa, aplicativa. Las técnicas de recolección de datos fueron: observación y análisis documental. Siendo las siguientes sus conclusiones:

- Se ha realizado un minucioso Análisis de los Principios que Rigen las Contrataciones del Estado aplicados en los procesos de selección de los gobiernos locales para determinar si se cumple a cabalidad o no con su aplicación en las diferentes convocatorias de la entidad.
- Del análisis efectuado se ha determinado que en los Gobiernos Locales como es el caso de la Municipalidad Provincial de Azángaro no se cumple a cabalidad con la aplicación y cumplimiento de los Principios que rigen las Contrataciones del Estado.
- En reiteradas oportunidades se ha incumplido con los principios de transparencia, moralidad, economía, eficiencia, libre concurrencia y competencia, imparcialidad, trato justo e igualitario y competencia perjudicando la gestión de la Municipalidad Provincial de Azángaro.
- La aplicación de los principios que rigen las contrataciones del estado se encuentran claramente definidos en la normativa, la cual detalla expresamente el desarrollo de estos principios en las contrataciones del estado, sin embargo, los funcionarios públicos de la entidad se las han ingeniado para establecer procedimientos que desvirtúan la aplicación de los principios, limitando así la libre participación de postores.
- La corrupción en los gobiernos locales es alta, como es el caso de la Municipalidad Provincial de Azángaro, esto constituye una amenaza para las Contrataciones Públicas ya que genera condiciones desfavorables para el cumplimiento de los Principios que la Ley de Contrataciones del Estado exige en la realización de los Procesos de Contratación Pública.

(Gallegos, Quiñonez y Saénz, 2021) con su tesis titulada: “Penalidad y arbitraje en los contratos de concesión bajo la modalidad de asociaciones público

privadas: el caso del sector transportes y comunicaciones”. Sustentada en la Universidad ESAN, Lima, para optar el grado de Magíster en Gestión Pública. Planteó como objetivo: analizar la cláusula penal de los contratos de concesión bajo la modalidad APP en función de los laudos arbitrales. El tipo de investigación fue: cualitativa. El nivel de investigación fue: exploratorio. El instrumento de recolección de información fue: guía de entrevista. Siendo las siguientes sus conclusiones:

- No existe un criterio uniforme por parte de los tribunales arbitrales para resolver sobre la cláusula penal contemplada en los Contratos APP, debido a que los contratos de concesión no se encuentran correctamente estructurados, lo que conlleva a que tengan una naturaleza incompleta y que, además, no se hayan considerado diversas contingencias o eventualidades que podrían suceder a lo largo del periodo de concesión del contrato.
- En cuanto a la función de la cláusula penal, se ha evidenciado, por medio de los laudos arbitrales, que no existe un criterio uniforme sobre su tratamiento por parte de los tribunales arbitrales. La doctrina consultada hace referencia a diferentes tipos de funciones y no existe una posición mayoritaria por parte de los consultores expertos sobre cuál debería ser la función de la penalidad en los contratos APP. Consideramos que la cláusula penal, en los contratos de concesión, puede cumplir las diferentes funciones como la compulsiva, indemnizatoria, resolutoria, preventiva y otras, de acuerdo a la tipología del proyecto.
- En cuanto a la posibilidad de reducir el quantum de la cláusula penal contemplada en los contratos APP, se ha evidenciado, mediante los laudos arbitrales, que no existe una posición uniforme sobre si se puede o no reducir las penalidades. El marco teórico permite la reducción de la cláusula penal en aplicación supletoria del Código Civil; de acuerdo con los consultores expertos, se aprecia que no existe una posición consistente. Consideramos que no deben reducirse las penalidades ya

que estas competencias no están consideradas en el marco del contrato de concesión APP.

En el ámbito internacional se mencionan los siguientes antecedentes:

(Martínez, 2016) con su investigación titulada: “Transparencia versus corrupción en la contratación pública. Medidas de transparencia en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción”, sustentada en la Universidad de León, España, para optar el grado de Doctor en Derecho, de tipo de investigación jurídico-dogmático, empleando el método hermenéutico, siendo sus conclusiones las siguientes:

- Programar e informar anticipadamente sobre las previsiones de contratación del órgano de contratación, publicando anualmente los contratos que prevea celebrar a lo largo de cada ejercicio, para permitir a las empresas planificar su posible participación en los diferentes contratos, ampliando así a concurrencia.
- Motivar y valorar de forma precisa la necesidad que se precisa cubrir y la idoneidad del contrato planificado para ello, acreditando que obedece a necesidades reales que no pueden ser satisfechas con medios propios, y justificando la adecuación al mercado del precio estimado del contrato. Esta motivación ha de ser objeto de especial supervisión por los órganos de control externos.
- Definir con claridad, precisión y amplitud toda la información necesaria para participar en las contrataciones públicas. Los pliegos, proyectos y demás documentos precontractuales deben concretar de manera detallada y comprensible el alcance de las prestaciones que se pretenden contratar y las necesidades se tratan de satisfacer, con referencias precisas a los códigos CPV y CNAE, así como las obligaciones y derechos de las partes en la fase de ejecución y resolución del contrato. Esta precisión y claridad ha de extremarse en los criterios de valoración de las ofertas y su forma de ponderación.
- Permitir formular alegaciones a los proyectos, pliegos y demás documentos precontractuales, lo que ayudará a corregir errores de todo tipo, incluidas estipulaciones restrictivas de la competencia, y

establecer un sistema ordinario, sistematizado y público de resolución de dudas de los interesados sobre los procedimientos de contratación, publicando las respuestas (no los consultantes) en el perfil de contratante hasta la resolución de los correspondientes contratos.

(Romeu, 2018) con su investigación titulada: “El principio de transparencia en la actividad contractual de la administración pública. Especial referencia a la administración local”, sustentada en la Universidad Complutense de Madrid, para optar el grado de Doctor en Derecho, de tipo de investigación jurídico histórico y comparativo, siendo sus conclusiones las siguientes:

- Partiendo de la consideración de las TIC como determinantes para facilitar la transparencia en el ámbito contractual público, pronosticábamos que el grado de implantación de la contratación pública electrónica a nivel local se encontraría en un estado embrionario, sin un desarrollo generalizado del mismo. Esta hipótesis se confirma completamente, aunque cabe observar que se generan al respecto algunas diferencias de perspectiva. Del análisis de páginas web deducimos que no existe una implementación total de la e-Contratación en ninguna de las entidades locales estudiadas, existiendo únicamente algunas prácticas aisladas en algunas de ellas.
- La aplicación del principio de transparencia administrativa se manifiesta, hoy por hoy, como elemento estructural de la actividad contractual de las Administraciones Públicas, pues, entre otros aspectos, favorece la comunicación entre los poderes públicos y la ciudadanía, sirviendo asimismo de freno a la corrupción y, por ello, de mejora de las condiciones económicas y sociales.
- Sin embargo, el grado de implantación y el despliegue de sus efectos depende, en gran medida, de la voluntad y compromiso firme por parte de la totalidad de actores implicados. Resulta necesario trabajar, por tanto, en favor de una cultura administrativa que alinee los intereses de los poderes públicos, de los operadores económicos y de los ciudadanos y que promueva el libre acceso a la información y la participación como

pilar sólido en que se asentar nuestro sistema institucional y democrático.

(Silva, 2017) con su investigación titulada: “La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios”, sustentada en la Universidad Nacional de Colombia, de nivel de investigación explicativo, de tipo básico, de enfoque cualitativo, siendo sus conclusiones las siguientes:

- El fraude y la corrupción en la contratación estatal son una realidad palpable en Colombia. Las medidas adoptadas por los legisladores para controlar la situación no han surtido resultados y cada día se amplía más el radio de posibilidades y oportunidades para la comisión de dichas conductas.
- En el caso de Colombia específicamente, se observa sin extrañeza que son precisamente las regiones económicamente con menos recursos y mayor abandono por parte del Estado las que más corrupción producen. Sin dejar de lado la situación de España, que está mal posicionado entre los países del continente europeo, de acuerdo con lo establecido por Transparencia Internacional.
- Tal y como se apreció en la investigación, existen muchas formas de defraudar a las entidades públicas y lucrarse de ello, además de la persistente cultura de corrupción que ensombrece a la sociedad. Aunado a lo anterior, las penas establecidas por el legislador colombiano y el español, no resultan desincentivadoras, toda vez que, contrario a lograr la prevención general, obtienen el incremento anual de los índices de percepción de la corrupción, como se mencionó.
- Es preciso agregar que además de: las facilidades que tiene el individuo de ejecutar actos de corrupción; los altos rendimientos obtenidos por ello; las penas incentivadoras a la comisión de delitos y el nulo cumplimiento de la función preventiva de la pena; estos son países que cuentan con una alta probabilidad de impunidad, de acuerdo con lo establecido por el Índice Global de Impunidad.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Penalidades**

Mediante Opinión N° 027-2010 2010/DTN el OSCE señala que la penalidad por mora tiene por finalidad incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato. De lo expresado, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas y se constituye como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos. Adicionalmente expresa que la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista ha ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío.

De esa forma, se la concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor. La penalidad por mora es aplicada en caso de retraso injustificado en la ejecución de la prestación a cargo del contratista. Se aplica por cada día de atraso hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento. La penalidad será deducida:

De los pagos a cuenta: cuando los pagos de una contratación de bienes o servicios es de forma periódica o, para el caso de obras, en cada valorización que se efectúe según lo previsto en las Bases.

Del pago final o en la liquidación final: cuando la Entidad procede a efectuar el pago luego de haberse emitido la conformidad de la prestación del bien o servicio contratado o, para el caso de obras y consultorías de obras, cuando se procede con la liquidación del contrato respectivo.

Del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta: Luego de haberse verificado la configuración de la penalidad y uno de los supuestos que conllevan a que la Entidad ejecute las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta.

En caso la Entidad considere, debido a la magnitud de las observaciones efectuadas a la prestación a cargo del contratista, como no ejecutada la prestación,

no procederá otorgar un plazo para subsanar dichas observaciones y, por tanto, deberá aplicar las penalidades correspondientes, o de ser el caso, proceder a la resolución del contrato conforme lo dispuesto en el artículo 166° del Reglamento.

El OSCE emitió importantes opiniones sobre las penalidades por mora. La penalidad en el ámbito de las contrataciones públicas comparte ciertas características con la penalidad convencional, tales como a) accesoriedad; b) subsidiariedad; c) condicionalidad; d) no requiere la acreditación de algún daño real.

No tiene una función sancionadora, sino reparadora y existen dos tipos dentro de la contratación pública: la penalidad por mora y por otros incumplimientos, contando con características específicas, reseñadas por el referido autor, las cuales son las siguientes: unilateralidad, pues la entidad la determina, no habiendo participación alguna del contratista o de un tercero; la mora es automática, no siendo necesario que la entidad requiera el cumplimiento del contrato al contratista previamente a la aplicación; la aplicabilidad de la prestación es dentro de la vigencia del contrato hasta la liquidación; su aplicación debe ser objetiva, razonable y congruente; asimismo, su aplicación debe cumplir con el debido procedimiento.

La penalidad por mora es aplicada cuando el contratista incurre en retraso injustificado en la ejecución de prestaciones que conforman el contrato y se aplica automáticamente por cada día de atraso hasta por un máximo del 10% del monto del contrato o del ítem que debió ejecutarse, además se encuentra regulada en el artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

La aplicación de la penalidad por mora difiere para los contratos de ejecución única y los de ejecución periódica o con entregas parciales; en este último caso, solo se calcula considerando el plazo y monto de las prestaciones individuales.

“La aplicación de la penalidad por mora dependerá de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. De esta manera, en concordancia con lo señalado por esta Dirección mediante Opinión N° 103-2019/DTN, si el contrato es uno de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad

diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

En los contratos de ejecución periódica, son sus correspondientes prestaciones parciales aquellas susceptibles de ser penalizadas; es decir, en caso de que se configure un retraso injustificado serán estas prestaciones parciales las “prestaciones individuales” que deben ser consideradas para realizar el cálculo del monto de la penalidad por mora.

La entidad puede evaluar una solicitud de no aplicación de penalidades por mora con base en el sustento presentado por el contratista ejecutor de la obra y, además, en la opinión de la supervisión. Si se concluye que el retraso es justificado, el gasto por el supervisor o el inspector debe ser asumido por la entidad.

“Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha regulado un procedimiento específico, formalidades o plazos, a fin de calificar un retraso como justificado, en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora, la Entidad puede basar su decisión no sólo en el sustento presentado por el contratista ejecutor de obra, sino también en la opinión de la supervisión que pudiera requerirse a ésta a ésta –en el marco del contrato de supervisión- para determinar si tal retraso resulta, o no, imputable al contratista ejecutor de obra y, en consecuencia, decidir sobre dicha solicitud. Asimismo, cabe precisar que la normativa en mención no exige que tal decisión sea comunicada al contratista mediante una “resolución”, pudiendo la Entidad emplear cualquier documento emitido por el servidor o funcionario competente, según su organización interna y/o de acuerdo a lo previsto en el contrato, mediante el cual notifique su decisión.

Cuando se configure un retraso que la Entidad considere justificado, que diera lugar a la no aplicación de la penalidad por mora al contratista –bajo los alcances del numeral 162.5 del artículo 165 del Reglamento-, el costo que genere la extensión del servicio del inspector o supervisor es asumido por la Entidad, toda vez que las obligaciones a que hace referencia el artículo 189 del Reglamento sólo recaerían en dicho contratista en la medida que el atraso incurrido en la ejecución de la obra hubiera sido imputable a éste”.

En el caso de un contrato de ejecución única con entregas parciales, a fin de aplicar la penalidad por mora, el contrato debe establecer el monto y plazo de manera indubitable.

“La penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones debe incorporarse en todos los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, y debe ser aplicada siempre que el contratista no cumpla injustificadamente con las prestaciones a su cargo en el plazo previsto en el contrato.

El cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “monto” y “plazo” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única, deberá aplicarse respecto del monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

Con la finalidad de aplicar la penalidad por mora a las “prestaciones individuales” materia de retraso, el “monto” y el “plazo” de las prestaciones parciales del contrato de ejecución periódica –o, de ser el caso, de las entregas parciales del contrato de ejecución única- deberán estar contemplados en el contrato o deberán poder definirse indubitablemente a partir de él”.

En el caso de existir observaciones a las entregas parciales, la entidad debe otorgar un plazo al contratista para subsanarlas. En caso de no ocurrir dicha subsanación, la entidad podrá aplicar la penalidad por mora.

“En el marco de los contratos regulados por lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado vigente, cuando la Entidad formule observaciones a las entregas parciales (prestación individual) debe otorgarle el plazo que corresponde para subsanar dichas observaciones, conforme a lo previsto en el artículo 168 del Reglamento. De no subsanarse las observaciones en el plazo otorgado, la Entidad deberá aplicar la penalidad por mora correspondiente.

El numeral 168.5., del artículo 168 del reglamento ha señalado que, respecto del retraso en la subsanación de las observaciones formuladas por la entidad en la

ejecución de las prestaciones objeto del contrato, se aplica la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar las observaciones formuladas por el funcionario competente para emitir la conformidad.

El artículo 163 del reglamento habilita a la entidad a consignar en los documentos del procedimiento de selección penalidades distintas a la mora, desarrollada en el artículo 162”.

### **2.2.2. Derecho al debido procedimiento administrativo**

El Perú, como otros países de tradición jurídica continental, ha regulado la temática relativa al debido proceso o el derecho a la tutela judicial efectiva pensando en los procesos judiciales. No obstante, ello, a partir de 1990 en adelante, el Tribunal Constitucional inició una tendencia jurisprudencial dirigida a extender los alcances del derecho fundamental al debido proceso desde el ámbito judicial hacia el ámbito administrativo, comenzándose a hablar de un “debido proceso administrativo”.

El numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 (LPAG), establece lo siguiente:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.2 Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

Esta regulación, catalogada discutiblemente como “principio” del procedimiento administrativo, no es otra que la del, comúnmente conocido entre nosotros como derecho fundamental al “debido procedimiento administrativo”, entendido como la aplicación del contenido del derecho fundamental al debido proceso en el ámbito de los procedimientos administrativos, es decir, en el escenario del ejercicio formal de la función administrativa.

En tal sentido, este trabajo tiene por objeto hacer referencia a cuál es el ámbito de aplicación de los derechos derivados del debido procedimiento administrativo en la LPAG y su conexión con las distintas normas procedimentales contenidas en la referida Ley y en leyes especiales.

Las tendencias antiguas del derecho administrativo consideraron durante mucho tiempo al procedimiento administrativo como un apéndice del acto administrativo. Si se compulsaba cualquier obra o manual de derecho administrativo antes de 1970 o 1980, puede apreciarse que el procedimiento es estudiado a lo sumo como un “elemento formal” del acto administrativo, o como una “suma de formalidades” previas a la emisión de un acto administrativo.

Esto no resulta extraño puesto que, en la doctrina clásica del derecho administrativo, el elemento teórico central o la noción fundante del derecho administrativo, fue, luego del servicio público, precisamente, el acto administrativo.

Sin embargo, actualmente, el estado actual del Derecho administrativo nos indica que el centro de atención actual, se encuentra en otros institutos. Debe recordarse que como señaló en su oportunidad Garrido (2020), el derecho administrativo es un “ius in fieri” o un derecho en formación continua y constante. Por tal motivo, actualmente la doctrina apunta su interés no tanto al acto administrativo como producto final del procedimiento, sino, se presta atención ahora al instrumento previo a la emisión del acto, es decir, a la institución denominada “procedimiento administrativo”.

Precisamente la doctrina actual sobre la materia, nos informa que uno de los objetos actuales de atención del derecho administrativo, en conexión con lo la “constitucionalización del derecho administrativo” y con lo que se ha denominado “derecho a la buena administración”, es precisamente, el procedimiento administrativo.

Pero ya no como un elemento formal previo a la emisión de decisiones administrativas de calidad, sino, por las siguientes finalidades:

El procedimiento administrativo es cauce del ejercicio de la función administrativa, y por tanto es el instrumento idóneo para el cumplimiento de los fines de servicio del interés general que tienen todas las entidades de la Administración Pública. Precisamente, en la sede del procedimiento administrativo,

las entidades y sus autoridades ejercen la función administrativa de modo concreto, de tal suerte que aplican criterios de ponderación del interés general, a efectos de adoptar decisiones que lo expresen y apliquen a situaciones determinadas.

El procedimiento administrativo es un instrumento de participación de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones administrativas. Justamente, gracias al procedimiento, los administrados pueden ejercer un principio de inmediación con las autoridades, de tal suerte que se puede tener una mejor calidad y eficacia en la decisión a adoptarse, gracias a la participación de los interesados y/o afectados por la medida administrativa.

El procedimiento es una institución jurídica que reduce la discrecionalidad en el ejercicio de las potestades administrativas. Cabe resaltar que las normas procedimentales, disciplinan o reglan el modo y forma de actuación de las competencias asignadas a los órganos administrativos. En tal sentido, en la medida que exista un procedimiento predeterminado, habrá un menor margen de discrecionalidad, lo que consiguientemente logra un mayor ajuste a la legalidad de las actuaciones administrativas.

El procedimiento administrativo no es solamente una sucesión de formalidades: sino que es una institución jurídica sustantiva en el derecho administrativo. Tiene una funcionalidad y finalidades propias, por tal motivo es un elemento central en la adopción de decisiones administrativas de calidad. Justamente, en la reciente doctrina europea se habla de un derecho a la “buena administración”, lo que implica precisamente, que el vehículo de las decisiones administrativas sea seguido y realizado de modo idóneo, puesto que “a buen procedimiento, una buena decisión administrativa”.

Reconocidas estas finalidades que se predicen actualmente del procedimiento administrativo, cabe señalar que la orientación del legislador de la LPAG ha sido precisamente la de reconocer que el procedimiento no solamente es un elemento “formal” del acto administrativo, sino que es tal vez la institución central de la relación entre las entidades de la Administración Pública y los ciudadanos.

Consideramos que la finalidad del procedimiento administrativo es la de garantizar un nuevo escenario de relación entre la Administración Pública y los

ciudadanos en el marco de un Estado democrático de Derecho. Precisamente se apuesta por un procedimiento administrativo garantista, que posibilite un escenario tutelar de las posiciones subjetivas de los administrados, en la consigna de conseguir mejores decisiones administrativas, con eficiencia y calidad, así como el propicio intercambio de información entre ambos sujetos del procedimiento<sup>6</sup> en procura de la adopción de las decisiones administrativas que a la vez que tutelen el derecho de los administrados, protejan el interés público.

Tal como lo señalamos, a mejor procedimiento, mejores decisiones administrativas para los ciudadanos, como aplicando el principio comunitario europeo de la “buena administración” como un derecho que asiste a todo ciudadano en sus relaciones con las entidades de la Administración Pública. Asimismo, como lo anota el destacado profesor (Tapia, 2019), otro eje fundamental de la teoría del procedimiento administrativo es que el mismo consiste en un instrumento de colaboración entre la Administración y los administrados.

El TC con acierto ha contribuido con copiosa y permanente jurisprudencia a la consagración pretoriana del derecho al debido procedimiento en sede administrativa, mucho antes de la entrada en vigencia de la LPAG, y bajo un entendimiento razonado de que el debido proceso es de aplicación a los procedimientos administrativos, debido a que su aplicación implica una garantía mínima de defensa para los derechos de los ciudadanos al interior del procedimiento administrativo.

Así, el TC ha afirmado la aplicación del derecho al debido proceso en sede administrativa, para casos tales como nulidades de oficio, procedimientos sancionadores, procedimientos disciplinarios, procedimientos de ejecución coactiva, procedimientos de pase al retiro por “renovación” de oficiales de las fuerzas armadas y policiales, otorgamiento de licencias y autorizaciones, concursos públicos para contratación, entre otros.

Es claro entonces que el TC ha asentado una tendencia notoriamente orientada a aplicar las garantías y derechos del debido proceso contenidos en la Constitución hacia el ámbito administrativo. Esto ha supuesto un avance encomiable, que ha recibido el respaldo manifiesto de la doctrina y recepción en la jurisprudencia de los tribunales inferiores.

Un tema que está presente en varias sentencias, es el relativo a la importante distinción entre la aplicación del principio al debido procedimiento administrativo en los procedimientos con eficacia externa (es decir, aquellos procedimientos en los que se tiene la participación de administrados con derechos o intereses pasibles de ser afectados, y que culminan, normalmente, con la emisión de un acto administrativo), y los procedimientos de eficacia interna o ad intra de la propia Administración, como aquellos procedimientos dirigidos a la emisión de “actos de administración interna” (como los relativos a los procesos propios de los sistemas administrativos o procesos de naturaleza interna, para el funcionamiento de las entidades).

Precisamente, el TC ha señalado que las garantías del debido proceso administrativo son aplicables exclusivamente al ámbito de los procedimientos de eficacia externa, siendo que esto no es aplicable para el caso de los denominados procedimientos internos. (STC recaída en el Exp. N° 2209-2002-AA/TC), afirmación que debe ser tomada con pinzas, conforme lo señalaremos a continuación, ya que dicha división no debe ser nunca tomada para actuar en perjuicio de los funcionarios públicos sobre todo en lo que se refiere a decisiones administrativas de gravamen, las cuales por efecto de una mala doctrina, generalmente son calificadas como “actos de administración interna”, cuando en realidad son legítimos y perfectos actos administrativos, en la medida que afectan el status de la relación jurídica entre el funcionario y el Estado.

Precisamente, y pese a la importante línea garantista trazada por el Alto Tribunal en varias materias, encontramos que actualmente se vienen sucediendo sentencias en las que el TC viene reduciendo el ámbito de la protección del debido procedimiento administrativo, específicamente en el campo de la ratificación de magistrados y jueces.

Al respecto, basta citar la Sentencia recaída en el expediente N° 1941-2002-AA/TC38 (y otras decisiones que siguen el camino trazado por ésta), en la cual el TC afirma que en el ámbito de los procedimientos de ratificación no rigen todas y cada una de las garantías del debido procedimiento administrativo, afirmándose inclusive que no asistiría a los afectados la garantía de las decisiones fundadas (al tratarse el acto de ratificación de un “acto de confianza”). Consideramos que, en

este caso, se ha desconocido el hecho de que el acto de ratificación es un acto notoriamente discrecional, que, si bien es cierto, no importa una sanción, si implica la adopción de un acto de gravamen, es decir, aquella clase de acto administrativo que implica la restricción o término del ejercicio de un derecho, en sentido desfavorable al ámbito del particular.

Precisamente, por tratarse de un acto discrecional de gravamen, las garantías del debido procedimiento deben ser de mayor aplicación en tal sede, en sus tres facetas, inclusive, motivo por el cual se impone una corrección en la tendencia jurisprudencial antes indicada, a fin de adecuar la política jurisprudencial del TC a los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo contenido en la LPAG, el cual es de aplicación a todo procedimiento dirigido a alterar o modificar el status jurídico de un administrado, aun cuando sea catalogado como un “procedimiento interno”, lo cual surge directamente de la consideración del propio concepto de procedimiento administrativo de acuerdo a lo previsto en el artículo 29° de la LPAG.

### **2.2.3. Caso fortuito o fuerza mayor**

El artículo 1315 del Código Civil señala: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

El artículo citado considera como elemento de la calificación de la fuerza mayor (FM, en adelante) el carácter extraordinario, imprevisible e irresistible del evento. Bajo el Código Civil francés, los tres elementos necesarios que deben presentarse acumulativamente, para que un evento califique como FM son la exterioridad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

a) Extraordinario Nuestro Código Civil hace referencia a “extraordinario”; sin embargo, bajo el Código Civil francés no se menciona esta característica: se habla de “exterioridad. Externo, es decir, fuera de la esfera de control del deudor; así, por ejemplo, los actos de Dios, los actos de guerra, entre otros. De Trazegnies (2019) señala que “extraordinario” es algo que sale de lo “ordinario, que no se ajusta a la sucesión normal de hechos” (2015, p. 90).

En referencia a la “exterioridad” del evento, hoy es frecuente utilizar la expresión “impedimento ajeno a su control”.

b) Imprevisible: Además de extraordinario, el evento debe ser imprevisible para el deudor en el momento de celebrar el contrato. La imprevisibilidad del evento ha de ser apreciada *in abstracto*, es decir, se debe determinar si era previsible para un “hombre razonable” (García, 2020, p. 169) al momento de la celebración del contrato.

De acuerdo con Valera (2019) “el juicio de previsibilidad juega esencialmente sobre dos datos: el grado de especificidad y el grado de probabilidad del hecho sobrevenido a los cuales referir la posibilidad de preverlo. Más alto el grado de especificidad que se asume, más fácilmente el hecho deberá considerarse imprevisible: es previsible la genérica posibilidad de que en el futuro haya guerras; un poco menos previsible entre qué países estallará la guerra, y todavía menos previsible” (p. 89), que la guerra estallará en los próximos diez días y que como consecuencia de ella se producirá la clausura.

c) Irresistible: Irresistible es aquello a lo que uno no se puede oponer. Valera (2020) señala lo siguiente: “lo mismo que la imprevisibilidad, la irresistibilidad se aprecia *in abstracto*, esto es, por referencia a lo que una persona normalmente razonable está en condiciones de hacer para evitar las consecuencias de un acontecimiento cuya ocurrencia no pudo evitar.

En efecto, la irresistibilidad se aplica al acontecimiento mismo, o sea que ella supone que el deudor no pudo impedir que el acontecimiento ocurriera” (p. 77), pero se aplica también a las consecuencias del acontecimiento, esto es, que la ocurrencia de este debe haber impedido absolutamente al deudor ejecutar su obligación.

La dificultad para establecer claramente el sentido de las características de la FM les da a los jueces (y a los árbitros) un considerable margen de discreción al evaluar su presencia. Esto lleva a las partes a incluir en los contratos —cada vez con mayor frecuencia— una cláusula que defina la FM. Se recurre a una práctica común en los países del *common law* y de los contratos internacionales.

En el Perú, hay contratos a los que se aplica la ley peruana que contienen este tipo de cláusulas. En tal sentido, determinar las características del evento que

constituye FM dependerá de si se aplica supletoriamente el artículo 1315 del Código Civil (extraordinario, imprevisible e irresistible) o de si el contrato contiene una cláusula de FM (en cuyo caso las características de la FM dependerán de lo que las partes hayan acordado).

Las causas no imputables en el derecho peruano están reguladas en los artículos 1314 y 1315 del Código Civil. En estas normas, se parte de diferenciar una causa no imputable genérica equivalente a la noción de ausencia de culpa, de causas no imputables específicas, que serían los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor.

El efecto liberatorio de la causa no imputable se encuentra reconocido en el artículo 1317 del Código. Conforme a lo establecido en esta norma, el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, de las obligaciones por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

De una lectura literal del mencionado artículo 1315 colegimos que para la legislación nacional los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor se usan indistintamente, es decir, su significado es el mismo. Sin embargo, la Casación 823-2002, Loreto advierte que la doctrina y la jurisprudencia ya han establecido que su origen es distinto, aunque sus hechos constitutivos, comunes.

Agrega que el caso fortuito se aplica a los hechos producidos por la naturaleza y la fuerza mayor a los hechos del hombre. En consecuencia, el caso fortuito debe entenderse como un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible producido por el hombre y para calificarlo como tal se trata de un hecho que no puede preverse o que previsto no puede evitarse, no debiendo ser una previsibilidad exacta y precisa sino por el contrario conocida por el hombre común para cada caso concreto.

La STS 16 noviembre 2006 (RJA 8130) española establece la existencia de caso fortuito en el caso de muerte de los ocupantes de un carro tirado por animal que recibe la colisión de un convoy ferroviario en paso a nivel sin barrera, al estimar que es imprevisible la irrupción del animal desbocado en el momento en que el tren alcanzaba ese punto, así como la ineficacia de posibles barreras para impedir el cruce de un animal desbocado.

La imprevisibilidad se relaciona con el carácter de extraordinariedad. Son dos conceptos, dos características, que van juntas. El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad.

Este punto es bastante delicado, ya que resulta fácil entrar en el campo de las subjetividades. Pero, por otro lado, aplicar aquí un criterio objetivo puede acarrear un desbalance desmesurado que implicaría injusticia e inseguridad. Por ello, la pregunta ¿qué es normalmente previsible?, reviste mayor complejidad de lo que a primera vista pudiera aparentar y, por tanto, amerita un análisis serio y reflexivo, diríamos que casi casuístico.

La imprevisibilidad camina al lado de los deberes de diligencia, prudencia, cuidado. Esto quiere decir que el evento no sólo debe revestir la objetividad en sí mismo como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además se requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él.

Por tanto, cuando hablamos de imprevisibilidad hacemos alusión a uno de los criterios de imputación subjetivo u objetivo (decantándose nuestro Código Civil por un sistema subjetivo) exigibles al deudor al momento de cumplir su prestación. En otras palabras, la posibilidad que tenga el deudor de advertir o de darse cuenta de ese hecho extraordinario lo cual el juez tendrá que apreciar en el caso concreto. Normalmente ese estándar de conducta será la diligencia ordinaria.

Podemos concebir al caso fortuito o fuerza mayor como aquellos acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que excluyen dos de los cuatro elementos de la responsabilidad civil, ósea a la culpa (criterio de imputación subjetivo) y al nexo causal, exonerando con ello de responsabilidad civil al deudor de la prestación.

#### **2.2.4. Evolución normativa de las contrataciones con el Estado**

Nuestra normativa nacional a nivel de las contrataciones con el Estado ha establecido diferentes mecanismos a efectos de celebrar contrataciones que canalicen la posibilidad de contratar servicios, bienes y obras. Ahora bien, dentro del múltiple sistema de contrataciones con el Estado, para la presente se ha considerado estudiar el tipo de contratación menor o igual a 8 unidades impositivas tributarias.

“Porque en la práctica la mayor parte de las entidades del sector público tenían sus propios reglamentos de adquisiciones” (Danós, 2015, p. 44).

“Los citados dispositivos no realizaron diferenciación alguna entre contratos administrativos y contratos estatales sujetos al derecho privado, regularon también casi exclusivamente los procedimientos administrativos de adjudicación o selección de contratistas” (Retamozo, 2014, p. 33).

De esta manera, “mediante los procesos de privatización de la propiedad de empresas públicas y el otorgamiento de concesiones a empresas privadas” (Salcedo, 2017, p. 55) para la prestación de actividades calificadas jurídicamente como servicios públicos y para la explotación de obras públicas de infraestructura principalmente de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, etc.).

“Con la finalidad de garantizar la correcta utilización de los recursos públicos y permitir la libre concurrencia de postores” (Morón, 2016, p. 40).

Según el profesor sanmarquino (Retamozo, 2015):

“existe un conjunto de situaciones específicas en las cuales la normativa contractual establece que no resulta pertinente efectuar un procedimiento de selección, conforme lo señalado por el TUO y el Reglamento, siendo pertinente en estos casos tramitar el respectivo procedimiento de contratación directa; estableciéndose además nuevas causales para ello en la norma conforme ha ido evolucionando la normativa contractual” (p. 144).

En tal sentido, se indica que lo “se regulan los procesos de contratación estatal exclusivamente destinados a la adquisición de bienes, servicios, suministros y la contratación de obras” (Guzmán, 2017, p. 31).

Las contrataciones con el Estado igual o inferior a las 8 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), constituyen una modalidad contractual que se

encuentra en vigencia de la Ley de Contrataciones con el Estado, y representan un apartado especial, con sus propios presupuestos que deben de ser separados de las ya conocidas contrataciones directas.

El Estado peruano, en busca de una administración pública eficiente basada en resultados y transparencia, ha generado una Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021 (Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros).

Siendo el Estado el mayor adquiriente–contratista de bienes, servicios y ejecución de obras-, es importante conocer si existe eficiencia en el gasto de los recursos y si la normatividad actual de contrataciones estatales es la idónea en salvaguarda de una buena administración, y por ende, de un gestión pública eficiente.

Actualmente existe un índice bastante elevado con respecto a la percepción negativa de la población sobre el desempeño de administración que vienen cumpliendo las entidades del Estado, pese al incremento de la recaudación fiscal y el presupuesto público.

Una de las causas podría obedecer a la sobre regulación en cuanto a la normatividad de Contrataciones con el Estado, lo cual limita una gestión eficiente frente a la demanda del público usuario de las entidades. Por otro lado, se encuentra la subjetividad, por parte de los responsables, en la aplicación de cada uno los procesos de contratación. A ello hay que añadir el papel que cumplen los funcionarios públicos, que por su inexperiencia o por conductas ligadas a la corrupción manejan inadecuadamente los procesos de contratación o direccionan los procesos en perjuicio de las instituciones del Estado y la población.

Los efectos que se generan a partir de lo manifestado es que los procesos de contratación se retrasen, lo cual genera la queja e incomodidad del área usuaria solicitante del bien o servicio solicitado. Por lo mismo, los niveles de desconfianza y de críticas al aparato estatal crecen en la población; propiciando algunos conflictos sociales producidos en algunas jurisdicciones.

Los gobiernos locales, al ser más cercanos a la población, constantemente vienen siendo quejados por los ciudadanos. El retraso de los procesos de

contratación y los direccionamientos con halos de corrupción evidente, perjudican la eficiente administración de los recursos del Estado.

Ahora bien, respecto a la crisis actual que emerge de la realidad peruana, en las entidades públicas referido a la vigencia de la modificación normativa en contrataciones del Estado, con los supuestos de exclusión de la misma norma en relación a los procesos de contratación pública menores o iguales a 8 UIT-Unidad de Imposición Tributaria, se puede observar una deficiencia generada por la misma norma, al no existir un procedimiento obligatorio que este tipificado en la norma.

Esta problemática abarca la corrupción de funcionarios públicos, empresas privadas y la perjudicarían del presupuesto anual de cada entidad, al no existir una delimitación en el procedimiento para otorgar la buena pro, y la firma de los contratos al postor ganador, asimismo esta falencia es permitida por la norma contrataciones, en su numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 30225, modificado por el D.L 1341, Ley de Contrataciones del Estado, donde señala que: *“están excluidos del ámbito de aplicación de esta norma aquellos contrataciones públicas que son menores o igual a 8 UIT”*.

La solución tentativa que plantea este grupo de investigación, a este problema son dos: La primera solución propuesta sería la codificación de plazos para los procedimientos menores o iguales a 8 UIT, en todas las entidades a nivel nacional, estos plazos tendrían el apoyo del Código Procesal Civil y la Ley N° 2744- Ley de Procedimiento Administrativo General, y sin contravenir la normativa de contrataciones del estado y la constitución Política del Perú. Y la segunda solución sería la fiscalización de oficio del OSCE –Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, y sus organismos descentralizados, de manera que pueda evitarse irregularidades en este tipo de contrataciones, y hacienda que el sistema de contrataciones sea más eficiente y mejore la calidad del gasto público en las entidades estatales.

## **2.2.5. Conceptos generales**

### **2.2.5.1. Finalidad de la norma**

La Ley de Contrataciones del Estado Nro. 30225 estipula en el artículo 1 que la norma: "tiene como objetivo establecer normas destinadas a maximizar el valor de los fondos públicos invertidos y promover el desempeño dentro del

enfoque de gestión orientada a resultados en la adquisición de bienes, servicios y las obras, para que se realicen en tiempo y en las mejores condiciones, respecto del precio y la calidad, de modo que permitan el real cumplimiento de los fines públicos (...)."

En este sentido, la ley implica un dispositivo que maximiza el valor de los fondos públicos, teniendo en cuenta el precio, rendimiento y duración de uso, condiciones de negociación, tiempo de resolución de problemas, costos de flete, mantenimiento y otros elementos de contratación que se aplican según la naturaleza del asunto.

En ese sentido, resulta fundamental ampliar algunos de los puntos de la agenda del examen de certificación en el nivel básico por los niveles de profesionales y técnicos que laboran en los órganos de contratación pública.

De tal manera, que de acuerdo a (Guzmán, 2017) "las normas aplicables establecen de supuestos de contratación directa, los que han ido variando conforma ha evolucionado la normativa sobre la materia. Algunos de ellos han sido materia de controversia, puesto que en determinados casos así resulta pertinente la realización de un procedimiento de selección y entre otros la cual, no obstante, su pertinencia, no se encuentra debidamente perfilada en la norma" (p. 121).

De forma, que como se ha desarrollado en la parte de la presente introducción, las contrataciones con el Estado igual o inferior a las 8 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), constituyen una modalidad contractual que se encuentra en vigencia de la Ley de Contrataciones con el Estado, y representan un apartado especial, con sus propios presupuestos que deben de ser separados de las ya conocidas contrataciones directas.

En tanto, la eficiencia en la gestión pública del Estado puede considerarse así: "debe hablarse de eficiencia en términos de lograr satisfacer la mayor cantidad de necesidades de los individuos con los recursos obtenidos" (Casas, 2011, p. 18).

El Estado peruano, en busca de una administración pública eficiente basada en resultados y transparencia, ha generado una Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021 (Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros).

Siendo el Estado el mayor adquirente–contratista de bienes, servicios y ejecución de obras-, es importante conocer si existe eficiencia en el gasto de los recursos y si la normatividad actual de contrataciones estatales es la idónea en salvaguarda de una buena administración, y por ende, de un gestión pública eficiente.

Actualmente existe un índice bastante elevado con respecto a la percepción negativa de la población sobre el desempeño de administración que vienen cumpliendo las entidades del Estado, pese al incremento de la recaudación fiscal y el presupuesto público.

Una de las causas podría obedecer a la sobre regulación en cuanto a la normatividad de Contrataciones con el Estado, lo cual limita una gestión eficiente frente a la demanda del público usuario de las entidades. Por otro lado, se encuentra la subjetividad, por parte de los responsables, en la aplicación de cada uno los procesos de contratación. A ello hay que añadir el papel que cumplen los funcionarios públicos, que por su inexperiencia o por conductas ligadas a la corrupción manejan inadecuadamente los procesos de contratación o direccionan los procesos en perjuicio de las instituciones del Estado y la población.

Los efectos que se generan a partir de lo manifestado es que los procesos de contratación se retrasen, lo cual genera la queja e incomodidad del área usuaria solicitante del bien o servicio solicitado. Por lo mismo, los niveles de desconfianza y de críticas al aparato estatal crecen en la población; propiciando algunos conflictos sociales producidos en algunas jurisdicciones.

Los gobiernos locales, al ser más cercanos a la población, constantemente vienen siendo quejados por los ciudadanos. El retraso de los procesos de contratación y los direccionamientos con halos de corrupción evidente, perjudican la eficiente administración de los recursos del Estado.

Ahora bien, respecto a la crisis actual que emerge de la realidad peruana, en las entidades públicas referido a la vigencia de la modificación normativa en contrataciones del Estado, con los supuestos de exclusión de la misma norma en relación a los procesos de contratación pública menores o iguales a 8 UIT-Unidad de Imposición Tributaria, se puede observar una deficiencia generada por la misma norma, al no existir un procedimiento obligatorio que este tipificado en la norma.

Viéndose esta introducción la problemática abarca la corrupción de funcionarios públicos, empresas privadas y la perjudicarían del presupuesto anual de cada entidad, al no existir una delimitación en el procedimiento para otorgar la buena pro, y la firma de los contratos al postor ganador, asimismo esta falencia es permitida por la norma contrataciones, en su numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 30225, modificado por el D.L 1341, Ley de Contrataciones del Estado, donde señala que: *“están excluidos del ámbito de aplicación de esta norma aquellos contrataciones públicas que son menores o igual a 8 UIT”*.

La solución tentativa que plantea este grupo de investigación, a este problema son dos: La primera solución propuesta sería la codificación de plazos para los procedimientos menores o iguales a 8 UIT, en todas las entidades a nivel nacional, estos plazos tendrían el apoyo del Código Procesal Civil y la Ley N° 2744- Ley de Procedimiento Administrativo General, y sin contravenir la normativa de contrataciones del estado y la constitución Política del Perú. Y la segunda solución sería la fiscalización de oficio del OSCE –Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, y sus organismos descentralizados, de manera que pueda evitarse irregularidades en este tipo de contrataciones, y hacienda que el sistema de contrataciones sea más eficiente y mejore la calidad del gasto público en las entidades estatales.

#### **2.2.5.2. Principios de la norma**

El artículo 2 de la Ley de Contrataciones establece que: "la contratación pública se basará bajo determinados preceptos, además de otros que reglan el derecho público aplicables al proceso de contratación". Además, los mismos "sirven como un criterio válido de interpretación para la aplicación de la ley y su correspondiente reglamento, integración para resolver sus lagunas y como lineamientos para la actuación de quienes intervienen en estos tratados".

##### **a) De libertad de concurrencia:**

El artículo 2, literal a) señala que: “de acuerdo con este principio, las empresas fomentan el libre acceso y participación de los proveedores en los procesos contractuales que realizan, evitando requisitos y trámites costosos e innecesarios. Se prohíbe la adopción de prácticas que restrinjan o menoscaben la libre competencia entre proveedores”.

**b) Igualdad de trato:**

El artículo 2, literal b) estipula que: "los proveedores han de tener las mismas oportunidades con el objetivo de formular las ofertas, que la existencia de privilegios o ventajas está prohibida y en consecuencia se produce o se ampara un trato abiertamente discriminatorio".

**c) De transparencia:**

El artículo 2, literal c) señala que: "de acuerdo con este principio, las empresas brindan información clara y coherente para que todos los trámites contractuales sean comprendidos por los proveedores, lo que garantiza la libertad de competencia. El empleo se realiza en un contexto de igualdad, imparcialidad y objetividad. Por medio de este precepto, se respetan las excepciones señaladas en el ordenamiento jurídico".

**d) De competencia:**

El artículo 2 literal e), establece que, de acuerdo con este principio, "los procesos contractuales contienen preceptos que posibilitan crear condiciones efectivas de competencia y obtener una propuesta que más ventaja propenda en la satisfacción del interés público subyacente al contrato. Se prohíbe la adopción de prácticas que restrinjan o menoscaben la competencia".

**e) De eficacia y eficiencia**

El artículo 2 literal f), señala que, de acuerdo con este principio, "el proceso contractual y las decisiones que se tomen durante su ejecución deben estar orientadas al cumplimiento de objetivos de la empresa, teniendo éstos prioridad sobre el cumplimiento de trámites no esenciales, asegurando la efectividad y satisfacción oportuna de la finalidad pública, para que repercutan positivamente en la calidad y condiciones de vida de los ciudadanos y en el interés público en condiciones de calidad y con el mejor uso posible de los fondos públicos".

**f) De vigencia tecnológica**

El artículo 2 literal g) establece que: "los proveedores en sus prestaciones, han de reunir las condiciones, respecto de calidad y modernidad tecnológica necesarias para lograr el fin público para el cual son necesarios para un fin específico cumplir y duración previsible con posibilidad de adaptación, integración

y repotenciación si fuera el caso, con avances de carácter científicos y tecnológicos".

**g) De sostenibilidad ambiental y social:**

El artículo 2, literal h) establece que, de acuerdo con este principio, "en el diseño y desarrollo de los criterios de contratación pública, los criterios y las prácticas contribuyen tanto a la protección ambiental y social como al desarrollo humano".

**h) De equidad:**

El artículo 2, literal i) refiere que: "los derechos y beneficios de las partes deben mantener un justo equilibrio respecto de lo equivalente y proporcional en el servicio, sin perjuicio de las facultades de la administración pública en la vigilancia del interés general".

**i) De integridad:**

El artículo 2, literal j), señala que "la conducta de los participantes en todas las etapas del proceso de contratación se guiará por la presencia de una conducta honesta y veraz, sorteando las prácticas indebidas, como en el caso de, debe dirigir y dirigir a las autoridades competentes ser comunicado a su debido tiempo".

### **2.2.5.3. Ámbito de aplicación de la norma**

La Ley Nro. 30225, en su primera disposición final complementaria, enmendada segunda, establece que: "esta Ley y sus disposiciones prevalecerán sobre las normas aplicables de procedimiento administrativo general, derecho público y derecho privado (...)".

Así, de acuerdo a (Guzmán, 2007), "las normas aplicables establecen de supuestos de contratación directa, los que han ido variando conforma ha evolucionado la normativa sobre la materia. Algunos de ellos han sido materia de controversia, puesto que en determinados casos así resulta pertinente la realización de un procedimiento de selección y entre otros la cual, no obstante, su pertinencia, no se encuentra debidamente perfilada en la norma" (p. 145).

Al respecto, (Rubio, 2009) considera que "la disposición especial prevalece sobre la disposición general. Entonces, si dos normas legales son contradictorias o alternativas, pero una se aplica a una gama más general de situaciones y la otra a una gama más limitada, esta prevalecerá sobre la de su área específica" (p. 170).

En sentido similar, expresa (Venegas, 2013), que las disposiciones de los contratos estatales prevalecen sobre las disposiciones generales de procedimiento administrativo como el Decreto Legislativo N ° 1246, para el cual se mantienen vigentes las disposiciones del Reglamento y Bases Estándar relativas a la acreditación de los requisitos de calificación con referencia a la capacidad jurídica y los requisitos para la ejecución del contrato, en particular respecto a la presentación de la copia del DNI y la vigencia del poder, por citar un ejemplo

También es importante reconocer que existen ciertos instrumentos legales que también son de carácter especial y regulan otras materias relacionadas con los contratos gubernamentales, como la normativa presupuestaria y de servicios públicos.

Por ejemplo, para esta modalidad contractual se ha establecido que puede realizarse entre entidades del sector público, así también lo ha esgrimido de forma amplia el profesor (Guzmán, 2017), al señalar que:

“Conforme lo dispuesto por la Ley, esta causal de contratación directa es posible siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente variables para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución, que como lo hemos señalado regula el principio de subsidiariedad empresarial del Estado. Lo antes señalado implica que no en todos los casos esta causal de contratación directa es factible, debiendo estar sustentada en un informe técnico-económico elaborado por la entidad que demuestre las ventajas, eficiencia e idoneidad de dicha contratación, así como el hecho que la entidad postora no pone en desventaja, pro el hecho de ser publica, a otros proveedores de los mismos bienes o servicios” (p. 139).

- **Supletoriedad de la norma:**

La Ley Nro. 30225, en su primera disposición final complementaria establece que esta norma, "prevalece sobre las normas aplicables de procedimiento administrativo general, derecho público y derecho privado". Además, el Decreto Legislativo 1444 agrega a esta disposición que "este predominio se aplica también a la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores que son de competencia del tribunal de contratación estatal".

Asimismo, los dispositivos de esta norma se aplican además a todos los contratos de bienes, servicios u obra que no se encuadren en el ámbito de esta ley, siempre que esta aplicación no sea incompatible con las normas específicas que las rigen, y sirvan para llenar un vacío legal. o para cerrar una deficiencia en estos estándares.

Básicamente, todas las regulaciones especiales deben aplicarse al asunto específico que quieren abordar. Sin embargo, al aplicar una regla especial, se pueden identificar ciertas lagunas o deficiencias previstas en las reglas generales. En estos casos, la aplicación complementaria de la regla general se configura como regla especial por defecto.

En ese orden de ideas, debe reiterarse la idea que, nuestra normativa nacional a nivel de las contrataciones con el Estado ha establecido diferentes mecanismos a efectos de celebrar contrataciones que canalicen la posibilidad de contratar servicios, bienes y obras. Ahora bien, dentro del múltiple sistema de contrataciones con el Estado, para la presente se ha considerado estudiar el tipo de contratación menor o igual a 8 unidades impositivas tributarias.

#### **2.2.6. Las modalidades en las contrataciones con el Estado**

Según la actual Ley de Contrataciones con el Estado, existen siete métodos diferentes para comprar bienes o contratar servicios. Estos son: licitación pública, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta electrónica inversa y adjudicación directa de contratos.

A lo anterior se debe añadir los denominados "métodos especiales de contratación", que incluyen los catálogos electrónicos del acuerdo marco.

A decir de (Hernández, 2014) estas modalidades pueden ser explicadas de la siguiente manera:

##### **a) Licitación pública y concurso público:**

Las licitaciones públicas se utilizan para la adquisición de servicios y bienes; en tanto que el concurso público, se emplea en la adjudicación de servicios. La norma establece que ambas modalidades deben aplicarse a los contratos cuyo valor referencial se enmarca en los límites establecidos por la norma que regula el presupuesto del sector público en particular. Se estipula que el reglamento define

las modalidades del concurso público y del concurso público. Los actos públicos también deben tener la presencia de un notario o un juez de paz.

**b) Adjudicación simplificada:**

Se emplea en la contratación de bienes y servicios, a excepción de las consultorías de carácter individual, ejecución de proyectos constructivos, con un valor de referencia, en su caso, se encuentre dentro de los márgenes establecidos por la ley de finanzas del sector público.

**c) Selección de consultores individuales:**

Se emplea en consultorías donde no se necesite apoyo de un profesional adicional o grupos de personal, y donde la experiencia y calificaciones, que se presta el servicio son requisitos primarios para la contratación. También existe la limitación de que su valor de carácter estimado o de referencia, en su caso, se encuentre dentro de los márgenes exigidos por el derecho público.

**d) Comparación de precios:**

Se emplea en caso de bienes y servicios con disponibilidad inmediata, con excepción de los servicios de asesoría no fabricados o prestados de acuerdo con las indicaciones proporcionadas por el contratista.

El valor de contratos debe ser menor a una décima parte del límite mínimo establecido en la Ley de Presupuestos del Sector Público para licitaciones públicas y licitaciones públicas.

**e) Subasta inversa electrónica:**

La subasta electrónica inversa se emplea con la finalidad de adjudicar bienes y servicios conjuntos que tienen un expediente técnico y están incluidos en la lista de bienes y servicios conjuntos.

**f) Contrataciones directas:**

De acuerdo a (Morón, 2017) existe “un conjunto de situaciones específicas en las cuales la normativa contractual establece que no resulta pertinente efectuar un procedimiento de selección, conforme lo señalado por el TUO y el Reglamento, siendo pertinente en estos casos tramitar el respectivo procedimiento de contratación directa; estableciéndose además nuevas causales para ello en la norma conforme ha ido evolucionando la normativa contractual” (p. 133).

“A ello la normativa derogada llamaba exoneración el proceso de selección. No queda clara la razón de la modificación de la nomenclatura empleada a partir de la vigencia de la Ley N° 30225 respecto a la norma derogada, el Decreto Legislativo N° 1017 y las normas anteriores, teniendo en cuenta además que la Exposición de Motivos de la norma no se pronuncia sobre el particular. Como resultado, el TUO y el Reglamento actual establecen de manera errónea que la contratación directa constituye en procedimiento de selección, cuando más bien implica su ausencia” (Danós, 2016, p. 48).

Asimismo, debe indicarse que “en la gestión de las contrataciones, se genera mucha confusión porque las entidades a menudo llaman contratación directa a aquellas que no están sometidas a la normativa contractual (por ejemplo, las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias), lo cual puede llevar a tratamientos equívocos. Es posible considerar entonces que el concepto exoneración del procedimiento de selección que se usaba en la normativa derogada resultaba ser eminentemente más preciso” (Morón, 2016, p. 181).

La ley contractual anterior preveía casos en los que la empresa podía celebrar contratos directamente, es decir, sin tener que pasar por un proceso de selección (por ejemplo, casos de cuellos de botella, emergencias catastróficas, compras militares secretas y servicios muy personales, etc.).

Así, por ejemplo, este tipo de contrataciones también puede desarrollarse en situaciones de emergencia, así lo ha esbozado el profesor (Retamozo, 2017), al indicar que:

“Conforme a lo dispuesto por la Ley, se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del Sistema Nacional de Salud. Es preciso distinguir entonces la situación de emergencia del estado de emergencia que se encuentra consagrada en la Constitución y constituye un caso de Régimen de Excepción, que implique limitar el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad

personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito” (p. 81).

**g) Métodos especiales de contratación:**

Se señala que las empresas pueden contratar los bienes y servicios que se hayan incluido en los catálogos digitales del convenio marco como consecuencia de la formalización de convenios marco sin tener que pasar por un proceso de selección. Se estipula que la ordenanza define los procedimientos de implementación o mantenimiento de catálogos en vía electrónica de acuerdos marco.

En tal sentido, este tipo de contrataciones, si bien no son tan frecuentes en la administración pública, devienen en una norma importante para regular las situaciones en las que es factible poder utilizar este tipo de modalidades, acorde también al principio de transparencia en las contrataciones públicas.

**2.2.7. La fase de ejecución contractual en las Contrataciones con el Estado**

Se plantea con meridiana claridad que en esta fase: “el Contratista realiza la prestación requerida en uno o más entregables, estableciéndose una interrelación directa entre El Contratista y La Entidad es a través del Área Usuaría y/o Área Técnica” (Fuenzalida, 2017, p. 59).

El Contratista “podrá solicitar su constancia de prestación donde figurará como mínimo la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiere incurrido el contratista” (Alva, 2013, p. 144).

**a) La celebración del contrato:**

“Su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la administración pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado, es decir, fines públicos disfrutando la administración de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución) llamadas cláusulas exorbitantes, que se fundan de interés público”. (Guzmán, 2015, p. 32)

Doctrina señala al contrato administrativo “como la declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos o personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa ejerciendo sus

prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo” (Retamozo, 2014, p. 173).

**b) Perfeccionamiento del contrato:**

Sobre esta parte del contrato, debe referirse lo siguiente: “la entidad y el postor perfeccionan el contrato, siendo que ambos se quedan obligados a contratar” (Castillo, 2019, p. 55).

**c) Responsabilidad del Contratista:**

“Empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos que fueron previstos” (Guarderas, 2017, p. 19).

**d) Resolución del contrato:**

“Durante la ejecución del contrato pueden surgir diversos inconvenientes, ya sea de forma inesperada o de consecuencia del actuar negligente de alguna de las partes” (Morón, 2016, p. 39).

**e) Modificación del contrato:**

“Por supuestos de deficiencias en el expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista” (Acurio, 2015, p. 48).

**f) El procedimiento del pago:**

“Luego de ello requerir al contratista la presentación del comprobante de pago correspondiente y verificar que efectivamente se cuente con la certificación presupuestal suficiente” (Moscoso, 2016, p. 71).

**2.2.7.1. Conciliación, Arbitraje y Junta de resolución de disputas**

- **Materias conciliables en las Contrataciones del Estado:**
- Las concernientes a la resolución contractual.
- La solicitud de ampliación del plazo contractual.
- Las referidas a la recepción y conformidad de la prestación.
- Lo referente a las valorizaciones o metrados.
- La liquidación del contrato.
- Cualquier otro supuesto diferente a lo mencionado, antes de la fecha del pago final.

- Lo concerniente a defectos o vicios ocultos.
- Las obligaciones previstas en el contrato que deben cumplirse con posterioridad al pago final.

**a) El Arbitraje:**

Constituye desde una definición jurídica ligada al sistema de contrataciones con el Estado, como “un mecanismo alternativo de solución de controversias en la que las partes en litigio no solucionan su conflicto si no que lo hacen a través de un tercero en el que las partes pueden recurrir” (Castillo, 2018, p. 120).

De esta manera, debe referirse que una de las vías principales en contrataciones con el Estado, para resolver asuntos conflictivos en donde muchas instituciones del Estado terminan planteando sus asuntos contractuales es el arbitraje, que figura como un elemento propio de los mecanismos por el cual se resuelve un conflicto, que, en este caso, es desarrollado por la labor de los árbitros. Y precisamente, sobre los diferentes tipos de arbitraje que existen, podemos dar cuenta del arbitraje institucional, ad hoc; entre otros.

Últimamente, inclusive, si queremos realizar un análisis en función de los elementos que se esgrimen para combatir la corrupción, se han podido conocer sendos casos en los que ha primado la corrupción, determinados laudos arbitrales a los que se les ha cuestionado inclusive su carácter jurídico, claro que, después ha existido todo un destape, por así llamarlo, de mafias vinculadas a los siniestros usos de los laudos arbitrales, a efectos de laudar en favor de empresas vinculadas a la corrupción, como muy bien se conoce como el caso de Odebrecht y otras constructoras favorecidas con un esquema de laudos que propiciaron que dichas empresas logren adjudicarse de montos excesivos en supuestos daños y perjuicios por supuestos incumplimientos contractuales.

**2.2.8. Consideraciones conceptuales en las contrataciones con el Estado**

**a) Organizaciones de los procesos de contratación:**

“Cuando el propósito de la contratación sea autorizado como complicado, asimismo estos organismos deben seguir las condiciones de transparencia, auditabilidad y rendición de cuentas conforme lo establece el reglamento” (Salcedo, 2017, p. 40).

**b) Presupuestos para la contratación directa:****- Contratación entre entidades:**

Se les conoce doctrinalmente como "contratos interadministrativos" (Pedreschi, 2015, p. 165) y se consideran en tal perspectiva por (Santofimio, 2000), que:

“aquellos acuerdos o negocios de donde se deriven obligaciones para las partes, y que son distintos de los convenios o acuerdos suscritos entre las Entidades de la Administración Pública como mecanismo de colaboración –y que constituyen, por tanto, simples convenciones entre sujetos administrativos–, respecto de los cuales no se puede deducir ningún régimen obligacional (obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa)” (p. 216).

**- Situaciones de emergencia:**

Para entender esta suposición de contratos directos, primero se definirá lo que se puede entender por una situación de emergencia o urgencia a la que se refiere (Pedreschi, 2015).

Al respecto, también es interesante poder citar al profesor (Retamozo, 2017) quien sostiene que este tipo de contexto ocurre “conforme a lo dispuesto por la Ley, se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del Sistema Nacional de Salud” (p. 65),

El estado de emergencia como concepto "se refiere a un estado de peligro o peligro para la población y las personas, generalmente público e infame (es decir, no necesita ser probado), relacionado con aspectos tales como seguridad, salud, defensa y tranquilidad, y en virtud del cual la regulación autoriza a la administración a actuar con medios y procedimientos extraordinarios para superar la situación antes mencionada” (Moraga, 2007, p. 144).

En este sentido, enfatiza (Pedreschi, 2015) que no prueba que "el proveedor tenga una inscripción actualizada en el registro nacional de proveedores y la evidencia de que no tiene una discapacidad para celebrar un contrato con el estado y la capacidad de concluir un contrato". (p. 35).

Desde un enfoque más ceñido a la interpretación del reglamento, puede referirse, siguiendo a (Morón, 2016) que:

“la entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarias, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, sin sujetarse a los requisitos formales de la norma. Esta contratación entonces opera de manera más perentoria que aquella que es aplicable para el resto de las causales establecida en la norma, existiendo un procedimiento de regularización” (p. 21).

Al respecto, se indica, según (Danós, 2016) que “el reglamento preceptúa en este punto que, como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega e caso de suministros o el inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, la entidad procede a efectuar la regularización de las contrataciones efectuadas” (p. 149).

De acuerdo al profesor (Guzmán, 2017) “incluye, aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias. el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la contratación directa, la resolución o acuerdo que la prueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo, en el mismo plazo, registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados. Para la regularización de la garantía, la norma establece que el plazo puede ampliarse por diez (10) días hábiles, cuyo inicio se computa de acuerdo a lo previsto en el Régimen” (p. 144).

Ahora bien, sobre las acciones posteriores, debe indicarse que “el Reglamento establece además que, realizada la contratación directa, la entidad contrata lo demás que requiera para la realización de las actividades de prevención y atención derivadas de la situación de emergencia y que no calificaron como estrictamente necesarias de acuerdo al numeral precedente. Cuando no corresponda realizar un procedimiento de selección posterior, se incluye tal justificación en el informe o informes que contienen el sustento técnico legal de la contratación directa” (Morón, 2016, p. 138).

Y en relación, a la responsabilidad, en tipo de situaciones, (Danós, 2016) indica que.

“la normativa derogada que los funcionarios públicos que aprovechando de las disposiciones de dicha norma dispusieran las adquisiciones de bienes, servicios y obras, sin que se haya dado una real situación de emergencia y/o adquieran los mismos más allá de lo estrictamente necesario, serán pasibles de las sanciones peales y administrativas que correspondan. No encontramos esta disposición en la norma actual, pero debemos entender que existe dicha responsabilidad en aplicación de la normativa general en materia de responsabilidad de los servicios” (p. 59).

Debemos precisar que dicha responsabilidad será efectiva mediante los mecanismos establecidos legalmente. El Reglamento además no establece la existencia de responsabilidad en el caso en que la causal no se emplee ante la existencia de un supuesto de emergencia que se encuentre acreditado. Finalmente, lo dispuesto por el Reglamento no excluye la responsabilidad civil que corresponda, si es que exista daño patrimonial.

- **Servicios personalísimos:**

Según (Pedreschi, 2015), este supuesto se aplica "en los casos en que sea necesario contratar servicios especializados en las siguientes categorías: profesional, artístico, científico o técnico" (p. 170).

- **Servicios de publicidad para el Estado:**

Al respecto, es importante citar la opinión del profesor (Pedreschi, 2015) quien arguye que este tipo de servicio se puede enmarcar puntualmente "dentro de la causa correspondiente al único proveedor de bienes o servicios que no reconoce sustitutos, una situación que no está configurada. en cualquier caso, dada la peculiaridad del servicio y la presencia de más de un proveedor en el mercado nacional que podría prestar ese servicio" (p. 171).

- **Servicios de asesoría legal para defensa de funcionarios:**

Se utiliza “(...) la Contratación Directa para contratar los servicios especializados de asesoría legal para la defensa. En caso los funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales que han sido demandados o se le ha iniciado un procedimiento administrativo” (Tejada, 2010, p. 78).

- **Secreto militar o policial:**

De acuerdo a un análisis estrictamente normativo, puede referirse que “las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia requieran efectuar contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno, que deban mantenerse en reserva conforme a ley. Previa opinión favorable de la Contraloría General de la Republica” (Morón, 2016, p. 180).

- **Supuestos de improcedencia en el caso de desabastecimiento:**

Sobre ello, el profesor (Morón, 2016) menciona:

“que puede invocarse la existencia de una situación de desabastecimiento en determinados supuestos, conforme lo señalado por el Reglamento. En primer lugar, en contrataciones que están bajo la cobertura de un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas cuando el desabastecimiento e hubiese originado por negligencia, solo o culpa inexcusable del funcionario o servidor de la entidad. El Reglamento no establece que mecanismo de contratación deberá emplearse e estos supuestos, situación en la cual será necesario remitirse al tratado o compromiso internacional” (p. 184).

En ese orden de ideas, “el Reglamento dispone que no es procedente esta causal por periodos consecutivos que excedan el lapso del tiempo requerido para paliar la situación, salvo que ocurra una situación diferente a la que motivo la exoneración original, en cuyo caso la entidad es responsable de su verificación y sustento” (Garrido, 2015, p. 111).

De esta forma, “no puede invocarse la causal de desabastecimiento inminente para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la contratación directa. La justificación estriba en evitar que la causal establecida en la norma sea desvirtuada, dada su excepcionalidad y el hecho de que se basa en la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible” (Guzmán, 2017, p. 170).

Además, “el Reglamento establece en este punto que dicha causal de exoneración tampoco es procedente por cantidades que excedan lo necesario para atender el desabastecimiento. Ello, dado que nos encontramos ante una situación excepcional, e la cual debe contratarse lo estrictamente indispensable para corregir la situación de desabastecimiento generada” (Morón, 2016, p. 111).

- **Directiva N° 007-2001-CG/B140:**

A decir de (Morón, 2016) se indica que la presente directa objeto de comentario: “establece el procedimiento a seguir en estos casos. Dicho procedimiento implica la presentación de la respectiva solicitud por parte de la entidad, en este caso las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. La referida solicitud contendrá un conjunto de informes necesarios a fin de que dicha solicitud pueda tramitarse al interior de la Contraloría. En este punto la norma prescribe que la documentación e informes que se remitan están sujetos al principio de presunción de veracidad” (p. 144).

Así, se puede interpretar de acuerdo a (Garrido, 2015) en primer lugar, “se requiere el respectivo informe técnico del bien, servicio u obra a ser adquiridos. La Directivo establece que este informe contendrá la descripción del bien, servicio u obra, así como las especificaciones técnicas, características, cantidades, calidades y valor referencial de la futura adquisición. Será formulado por la dependencia encargada de las adquisiciones de cada instituto armado o de a Policía Nacional, justificando técnicamente la necesidad de la adquisición y contratación respectiva; así como su exoneración del requisito de licitación pública, concurso público o adjudicación directa, contemplando criterios de economía, tales como los costos y la oportunidad” (p. 122).

En segundo lugar, “es necesario el informe financiero formulado por la dependencia responsable de la programación y evaluación presupuestal de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, que se debe detallar la fuente del financiamiento (Tesoro Público, endeudamiento externo u otro) de la adquisición, precisando que se cuenta con la correspondiente disponibilidad presupuestaria y partida autorizada a la cual se afectara el gasto” (Guzmán, 2017, p. 33).

Así, en todo caso, en el contexto que viene explicándose, de acuerdo a (Morón, 2016) se requiere “el informe legal elaborado por la dependencia responsable del asesoramiento legal de la entidad solicitante, por el cual se fundamenta la adquisición y contratación materia de la solicitud, así como su trámite de exoneración; debido señalar la base legal aplicable al afecto, si el bien, servicio u obra está expresamente considerado como secreto militar o de orden interno con indicación de la disposición que lo sustenta, y si por la entidad se han

cumplido las normas vigentes para gestionar la autorización de dicha adquisición y determinar el tipo de bien, servicio o ejecución de obras, que ellas comprende. Se señala que este informe incluirá copia certificada de las normas referenciadas, cuando no hayan sido publicadas en el diario oficial El Peruano” (p. 81).

En cuanto a la tramitación del procedimiento a fin de generar la opinión respectiva, la Directiva establece que a la unidad orgánica de la Contraloría General de la Republica llevara a cabo la evaluación de la solicitud de opinión previa a acompañada de la documentación respectiva a través del personal responsable que designe para el efecto, el mismo que oportunamente evacua el informe que sustentara la aprobación o desaprobación total o parcial del pedido, así como elaborara el proyecto de oficio donde se pronuncia respecto a la solicitud presentada.

De tal modo que, de acuerdo al profesor (Morón, 2016) “el proceso de evaluación de la solicitud de opinión previa formulada, se inicia a partir de la fecha de la conformidad otorgada al pedido de la entidad solicitante presentado con la documentación sustentadora completa y finaliza cuando la unidad orgánica de la Contraloría General de la Republica se encuentra expedida para someter a consideración del despacho contralor el proyecto de oficio conteniendo el respectivo pronunciamiento” (p. 93).

Dentro del plazo de evaluación la unidad orgánica de la Contraloría General de la Republica podrá acreditar ante la entidad solicitante, previa autorización de Despacho al personal evaluador a fin de que practique en las instalaciones de esta las verificaciones, inspecciones y levantamiento de Actas, según corresponda, que resulten necesarios.

Ahora bien, “conforme a lo dispuesto por la Directiva, la formulación del informe emitido por el personal de la unidad orgánica de la Contraloría General de la Republica tendrá determinadas características. En primer lugar, el personal profesional designado de la unidad orgánica de la Contraloría General de la Republica emitirá directamente su opinión motivándola en la documentación actuada, las verificaciones realizadas y otra dependencia la documentación presentada” (Guzmán, 2017, p. 31).

Por ello, bien puede afirmarse que “el contenido del informe debe responder a los criterios de objetividad, pertinencia, oportunidad y exclusividad sobre la materia pedida, debiendo omitir cualquier reproducción de actuados existentes en el expediente, bastando su referencia precisa” (Guzmán, 2017, p. 119).

### **2.2.9. Principio de eficiencia de la administración pública**

Debe manifestar que este principio constituye un pilar muy relevante para poder evaluar cómo la administración pública desarrolla de manera adecuada un proceso de interpretación de los recursos que se gastan en el erario nacional. Por ello, se plantea que es fundamental el hecho de poder examinar a través de este principio la forma en la que se debe tutelar el interés público. De ahí que se mencione que no se trata de gastar por gastar, sino que se busca que exista también una calidad de gasto vinculada a la forma de manejar el gasto público en general, de ahí que se plantee de forma muy interesante la manera en la que la administración pública debe tener una directa relación con el sistema de protección que debe primar, para que las contrataciones con el Estado se desarrollen en un sistema de tutela que proteja el bien común, o lo que otros doctrinarios esgrimen como el interés público.

Nuestra normativa nacional a nivel de las contrataciones con el Estado ha establecido diferentes mecanismos a efectos de celebrar contrataciones que canalicen la posibilidad de contratar servicios, bienes y obras. Ahora bien, dentro del múltiple sistema de contrataciones con el Estado, para la presente se ha considerado estudiar el tipo de contratación menor o igual a 8 unidades impositivas tributarias.

De este modo: “la libre concurrencia de la totalidad de proveedores permite al Estado acceder a un mayor bagaje de posibilidades para contratar; pues al garantizarse una correcta competencia, los proveedores cuentan con mayores incentivos para ofrecer al Estado productos de mejor calidad y a un mejor precio” (Carrillo, 2017, p. 44).

Ahora bien, respecto a la crisis actual que emerge de la realidad peruana, en las entidades públicas referido a la vigencia de la modificación normativa en contrataciones del Estado, con los supuestos de exclusión de la misma norma en relación a los procesos de contratación pública menores o iguales a 8 UIT-Unidad

de Imposición Tributaria, se puede observar una deficiencia generada por la misma norma, al no existir un procedimiento obligatorio que este tipificado en la norma.

Esto conlleva lógicamente a un sistema dañino de corrupción de funcionarios públicos, empresas privadas y la perjudicarían del presupuesto anual de cada entidad, al no existir una delimitación en el procedimiento para otorgar la buena pro, y la firma de los contratos al postor ganador, asimismo esta falencia es permitida por la norma contrataciones, en su numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 30225, modificado por el D.L 1341, Ley de Contrataciones del Estado, donde señala que: “están excluidos del ámbito de aplicación de esta norma aquellos contrataciones públicas que son menores o igual a 8 UIT”.

La solución tentativa que plantea este grupo de investigación, a este problema son dos: La primera solución propuesta sería la codificación de plazos para los procedimientos menores o iguales a 8 UIT, en todas las entidades a nivel nacional, estos plazos tendrían el apoyo del Código Procesal Civil y la Ley N° 2744- Ley de Procedimiento Administrativo General, y sin contravenir la normativa de contrataciones del estado y la constitución Política del Perú. Y la segunda solución sería la fiscalización de oficio del OSCE –Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, y sus organismos descentralizados, de manera que pueda evitarse irregularidades en este tipo de contrataciones, y hacienda que el sistema de contrataciones sea más eficiente y mejore la calidad del gasto público en las entidades estatales.

#### **2.2.9.1. Relación entre las variables de estudio**

La aplicación de la penalidad por mora dependerá de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. De esta manera, en concordancia con lo señalado por esta Dirección mediante Opinión N° 103-2019/DTN, si el contrato es uno de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

En los contratos de ejecución periódica, son sus correspondientes prestaciones parciales aquellas susceptibles de ser penalizadas; es decir, en caso de

que se configure un retraso injustificado serán estas prestaciones parciales las “prestaciones individuales” que deben ser consideradas para realizar el cálculo del monto de la penalidad por mora.

De acuerdo con el artículo 161 del Reglamento, en ningún caso el monto de la penalidad por mora puede exceder el 10% del monto del contrato vigente.

El principio del debido procedimiento administrativo tiene como origen al resguardo al debido proceso que, en buena cuenta, puede ser resumido a través del siguiente aforismo: “Tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”.

Así, este principio se encuentra contenido, de forma expresa, en el artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (“TUO de la LPAG”), por medio del cual se les otorgan una serie de derechos y garantías a los administrados y, de forma simultánea, se le imponen diversos deberes a la administración pública.

En dicha línea, Morón (2020) resalta que “este derecho implica afirmar que todos los administrados tienen el derecho a la existencia de un procedimiento administrativo previo a la producción de las decisiones administrativas que les conciernan. Correlativamente, la Administración tiene el deber de producir sus decisiones mediante el cumplimiento de las reglas que conforman el procedimiento” (p. 44).

Ahora bien, en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores (“PAS”), los cuales son conducentes a determinar si existe responsabilidad administrativa, se regulan además una serie de principios que rigen la potestad sancionadora a cargo de las autoridades correspondientes, dentro de los cuales también se regula de forma expresa al debido procedimiento.

Con relación a lo anterior, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Constitución, ha enfatizado en diversa jurisprudencia la importancia del debido procedimiento administrativo, destacando así sus principales alcances: el debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún

condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.

### **2.2.10. Interés Público**

Como lo establece la Constitución en el archivo No. 0090-2004-AA / TC, establece que "el tribunal otorga el margen de evaluación de una autoridad para determinar el contenido y el alcance del término aplicable a una situación particular y específica, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionado a las circunstancias bajo las cuales se utilizará" (Mesías, 2009, p. 16).

También agrega que "el interés público tiene que ver con lo que beneficia a todos. Por lo tanto, es sinónimo y corresponde al interés general de la sociedad. Su satisfacción es uno de los propósitos del estado y justifica la existencia de la organización administrativa"(Barrientos, 2015, 195).

Sobre este aspecto fundamental en el buen desarrollo de las contrataciones con el Estado, se han indicado los siguientes elementos que se deben evaluar para una adecuada tutela del interés público:

- Respeto a la transparencia.
- Desarrollo adecuado al sistema de contrataciones con el Estado.
- Aplicación correcta el conjunto normativo sobre contrataciones con el Estado.
- Licitud del objeto de contratación.
- Ejecución y cumplimiento estricto del contrato celebrado.

## **2.3. Definición de conceptos**

### **2.3.1. OSCE**

Es una entidad que cuenta con personería jurídica de derecho público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, "con representación judicial propia, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas. Su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada" (Delgado, 2018, p. 48).

En tal sentido, dicha entidad es un organismo fundamental en el desarrollo del sistema de contrataciones de nuestro país, ya que posibilita de forma administrativa que las entidades puedan efectivizar todo el conjunto de reglas

establecidas para hacer efectivo las contrataciones con el Estado, tutelando claro está, el interés público.

### **2.3.2. Principio de eficiencia de la administración pública**

Este fundamental principio vinculado a la gestión pública, manifiesta en el entendido que no se trata de gastar por gastar, sino que se busca que exista también una calidad de gasto vinculada a la forma de manejar el gasto público en general, de ahí que se plantee de forma muy interesante la manera en la que la administración pública debe tener una directa relación con el sistema de protección que debe primar, para que las contrataciones con el Estado se desarrollen en un sistema de tutela que proteja el bien común, o lo que otros doctrinarios esgrimen como el interés público.

### **2.3.3. Transparencia de la información**

El principio de transparencia es un pilar básico en las contrataciones con el Estado, de ahí que se haya regulado inclusive de forma expresa en la ley de la materia, como un principio esencial para regulación, y que no hay otra forma de celebrar acuerdos contractuales sin que se obvie este principio.

Está asociada lógicamente al hecho de poder combatir la corrupción, es decir, prohibir contrataciones en las que subrepticamente se celebran en sendas componendas a efectos de que primen intereses particulares, lo cual vulnera este principio, y pueda dar cabida hechos notorios de corrupción, por lo que se busca que un contrato estatal sea transparente y sin ningún cúmulo de limitaciones para conocer cómo se ha celebrado, ya que esto también vulnera el principio de publicidad, muy relacionado a la transparencia de la información.

### **2.3.4. Debido procedimiento administrativo**

Para (García, 2019) “el debido proceso en sede administrativa importa un conjunto de derechos y principios que forman parte de un contenido mínimo, y que constituyen las garantías indispensables con las que cuenta el administrado frente a la Administración” (p. 199).

## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. Metodología

El método que ha sido empleado es el método hermenéutico jurídico, que según (Sosa, 2015) como: “puede también considerarse como una ciencia de la interpretación jurídica, puesto que tiene que tomar en cuenta las particularidades de la ciencia del derecho, como la manipulación de principios, reglas y definiciones jurídicas en relación con la sistemática y dogmática del derecho. La hermenéutica se entiende como el arte de explicar, traducir e interpretar; pero desde el ámbito legal este arte se modifica debido a la característica coercitiva e institucional de la norma jurídica.” (p. 100).

**Los métodos particulares de investigación que se emplearon son los siguientes:**

– **Método exegético:**

Según (Carruitero, 2015), “el método exegético es el estudio de las normas jurídicas, artículo por artículo, buscando, desarrollando, describiendo y encontrando el significado que los legisladores encuentran palabra por palabra del origen etimológico de la norma, figura o tema de estudio” (p. 89).

– **Método sistemático:**

Para (Witker, 2000) este método introduce “la idea de que un estándar no es un mandato aislado, sino que responde al ordenamiento jurídico normativo, el cual se orienta hacia un rumbo determinado en el que se encuentra vigente junto con otros estándares” (p. 94).

– **Método teleológico:**

Para (Carruitero, 2015) este método busca “lograr la interpretación de la norma por su finalidad, buscando en su mente con qué finalidad fue incorporada la norma al ordenamiento jurídico” (p. 44).

#### 3.2. Tipo de estudio

Se trata de una investigación básica, también llamada investigación pura, teórica o dogmática. Se caracteriza por el hecho de que “parte de un marco teórico y permanece dentro de él; El objetivo es formular nuevas teorías o modificar las

existentes para ampliar el conocimiento científico o filosófico sin contrastarlas con un aspecto práctico” (Valderrama, 2016, p. 99).

### **3.3. Nivel de estudio**

El nivel de investigación de la presente es el de carácter explicativo, que según (Carrasco, 2015) consiste “en aquel tipo de estudio que explora la relación causal, es decir, no solo busca describir o acercarse al problema objeto de investigación, sino que prueba encontrar las causas del mismo” (p. 199).

### **3.4. Diseño de estudio**

La investigación tiene un diseño no experimental y es de carácter transeccional. Según (Valderrama, 2016) “es aquel tipo de estudio que se realiza sin manipular deliberadamente variables. Se basa fundamentalmente en la observación de fenómenos tal y como se dan en su contexto natural para después analizarlos” (p. 50).

### **3.5. Escenario de estudio**

La investigación ha considerado para el desarrollo de su estudio la ciudad de Huancayo, ya que los datos recolectados han sido considerados de la mencionada unidad de estudio, que, para el caso, se han cotejado dos casos que evidencian la problemática planteada.

### **3.6. Población y muestra**

La investigación por su carácter cualitativo, ha considerado como población y a la vez como muestra, el planteamiento de un caso de estudio, a fin de poder desarrollar la problemática vinculada al tema de estudio.

El criterio de selección escogido para el caso en cuestión, se encuentra relacionado con la evidente aplicación de penalidades arbitrarias al contratista, lo cual demuestra la forma en que se vulnera el derecho al debido procedimiento.

### **3.7. Trayectoria metodológica**

Respecto a la trayectoria metodológica esta se encuentra configurada de la siguiente manera:

- Identificación de la idea de estudio.
- Diseño del instrumento de investigación.
- Recolección de los expedientes de estudio.
- Análisis e interpretación de los expedientes de estudio.

### **3.8. Mapeamiento**

El mapeamiento de la presente investigación es tomado en un sentido figurado ya que, si bien dentro de ese proceso de mapeo se pueden incluir lugares físicos, la motivación metodológica en esta tesis es poder lograr un acercamiento a la realidad documentaria, a fin de estudiar cómo se vulnera el derecho al debido procedimiento administrativo en el caso que las entidades aplican penalidades arbitrarias en materia de contrataciones con el Estado.

### **3.9. Rigor científico**

El presente estudio tiene rigor científico ya que se basa en la validez interpretativa y analítica realizada por la investigadora respecto al objeto de estudio y la propuesta normativa planteada. Así según (Beal, 2011) “se asume una postura epistemológica hermenéutica, en donde el conocimiento es la construcción subjetiva y continua de aquello que le da sentido a la realidad investigada como un todo donde las partes se significan entre sí y en relación con el todo” (p. 16).

### **3.10. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

Como técnica de recolección de datos se empleó el análisis documental, que nos permitió recopilar información a través de documentos escritos sobre el tema en cuestión, nos ha permitido estudiar a través de las diversas fuentes escritas para realizar el análisis comparativo de los derechos, implicaciones legales y cargos docentes tal como se encuentran:

- Libros.
- Códigos.
- Revistas académicas.
- Publicaciones
- Informes.

Como instrumento de recolección de datos se empleó la ficha de análisis documental, que para (Carruitero, 2015) es definido como: “el procedimiento por el cual se analiza cada documento objeto de estudio, a fin de establecer sus principales particularidades y fundamentar su conceptualización metodológica” (p. 99).

## CAPÍTULO IV RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### 4.1. Presentación de resultados

A nivel casuístico, en la presente se reseña el caso contenido entre la Empresa TODO EVENTOS S.A.C (Contratista) contra el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (La entidad). La empresa contratista, plantea una solicitud refiriendo que: “con fecha 16.07.2021, y registrado con Exp. 161803-2021MSC, presente la Carta GG N 013-2021/TESAC; dirigido al Ministro de Justicia de Derechos Humanos; solicitando el cumplimiento del 3er.resolutivo del laudo arbitral, a fin de que cumplan con devolver a esta parte el monto de S/.6833.33, por concepto de penalidades retenidas en los periodos de agosto 2016 y setiembre 2016”.

Posteriormente, la empresa contratista indica, a través de una carta notarial, en la que expone lo resuelto a nivel arbitral, “Declarar FUNDADA, la primera pretensión de la demanda, con consecuencia, ordenar a la ENTIDAD devolver a favor del DEMANDANTE la suma de S/41,000.00 (Cuarenta y un Mil 00/100 Soles). Por lo tanto, mi representada solicita la devolución de las penalidades aplicadas por el valor de S/41,000.00 (Cuarenta y un Mi 00/100 Sales). Por lo que solicitamos sea abonado a nuestra cuenta que se detalla: BCP (CC) N 00235500263250703660, N de cuenta 355-2632507-0-36 ambas a nombre de TODO EVENTOS SAC”.

Posteriormente, como puede verse en el iter documentario, que, de la revisión del laudo, se puede apreciar que “la aplicación por concepto de otras penalidades por el servicio de limpieza desde el 06.01.2016 al 05.06.2016, se debió a que el contratista realizó el cambio de personal sin la autorización, lo que conllevó a la acumulación del monto máximo de penalidad, de conformidad con lo establecido en artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente). *En ese sentido, se evidencia que el MINJUS se encontraba en la imposibilidad de aplicar más penalidades*, por lo que los montos retenidos a la empresa Todo Eventos S.A.C en los periodos 06 de julio del 2016 al 05 de agosto de 2016 y del 06 de agosto de 2016 al 05 de setiembre de 2016 se efectuó a merito

a la Retención por concepto de garantía de fiel cumplimiento a lo que se acogió la empresa a la suscripción del contrato, el mismo que fue prorrateado en 12 cuotas a razón de S/ 3,416.17 cada una, correspondiendo la retención de 2 cuotas que dan un monto total de S/ 6,833.33”.

Asimismo, posteriormente, de dicha revisión, puede observarse que, “la conformidad de servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será emitida por el Responsable de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de AYACUCHO. De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, El CONTRATISTA no cumpliera a cabalidad con la subsanación, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. Este procedimiento no será aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

**Es decir, se puede corroborar que la ENTIDAD habría impuesto las penalidades en el período 6 de enero al 5 de febrero de 2016, sin antes haber realizado la observación previa con el levantamiento de Acta precisando los incumplimientos para la aplicación de penalidades, conforme se dispuso en el CONTRATO y las Bases Integradas. (...)**

153. Cabe precisar que dicha causal, suscitada en el período del 6 de enero al 5 de febrero de 2016, fue aplicada durante los períodos siguientes. Ello podemos apreciar al revisar los informes posteriores a través de los cuales la ENTIDAD brindó la conformidad para efectos del pago. Hechos que fueron confirmados por el DEMANDADO en el considerando Octavo de su escrito de contestación de demanda.

***Finalmente, se debe precisar que la ENTIDAD no puede pretender atribuir su responsabilidad al CONTRATISTA, esto es, la emisión de la***

*autorización o rechazo del cambio de personal, más aún que los operarios se instalaron en sus centros de labores sin ningún tipo de objeción por los funcionarios de la ENTIDAD. Admitir lo mencionado, implicaría vulnerar el derecho del CONTRATISTA, en tanto que la emisión de dicho documento, no dependía de este último.* Además de ello, en el Informe N° 0031-2016-JETA de fecha 25 de julio de 2016, a través del cual concluye que las penalidades impuestas al CONTRATISTA superaron el 10%, la ENTIDAD. (...)

De lo aludido por el DEMANDADO, queda claro que esta parte no usa el mismo criterio para sus actuaciones, en tanto que en el numeral 3 afirma que ellos remitieron vía correo electrónico observación a la documentación presentada por el CONTRATISTA, y en el numeral 5 observa que el CONTRATISTA haya remitido documentación vía correo electrónico, en lugar de la forma física, como estaba previsto en la Cláusula Vigésima del Contrato, donde ambas partes declaran sus direcciones como domicilio para efectos de las notificaciones que se realicen durante la ejecución del contrato”.

En ese sentido, en el presente caso citado, se puede evidenciar cómo la entidad sin respetar el debido procedimiento para evaluar la conformidad, termina aplicando una penalidad a la empresa contratista de forma directa, sin que respete el derecho a un debido procedimiento administrativo, ni tampoco respetando el cumplimiento del derecho a una debida notificación.

Es importante considerar que la cobertura del debido procedimiento administrativo se extiende a todo el ejercicio que la administración pública debe desarrollar en la realización de sus fines y objetivos estatales, lo que implica que aquello abarca todas las manifestaciones que se refieren a la formación y ejecución de los actos, las peticiones que presenten los particulares y los procesos que adelante la administración con el fin de garantizar los derechos de los administrados, en este caso, de la empresa contratista que se ha visto afectada por este tipo de criterios arbitrarios.

De lo revisado a nivel teórico, puede considerarse que la penalidad en el ámbito de las contrataciones públicas comparte ciertas características con la penalidad convencional, enumeradas por (Morón, 2020), tales como a)

accesoriedad; b) subsidiariedad; c) condicionalidad; d) no requiere la acreditación de algún daño real.

No tiene una función sancionadora, sino reparadora y existen dos tipos dentro de la contratación pública: la penalidad por mora y por otros incumplimientos, contando con características específicas, reseñadas por el referido autor, las cuales son las siguientes: unilateralidad, pues la entidad la determina, no habiendo participación alguna del contratista o de un tercero; la mora es automática, no siendo necesario que la entidad requiera el cumplimiento del contrato al contratista previamente a la aplicación; la aplicabilidad de la prestación es dentro de la vigencia del contrato hasta la liquidación; su aplicación debe ser objetiva, razonable y congruente; asimismo, su aplicación debe cumplir con el debido procedimiento.

La penalidad por mora es aplicada cuando el contratista incurre en retraso injustificado en la ejecución de prestaciones que conforman el contrato y se aplica automáticamente por cada día de atraso hasta por un máximo del 10% del monto del contrato o del ítem que debió ejecutarse, además se encuentra regulada en el artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

La aplicación de la penalidad por mora difiere para los contratos de ejecución única y los de ejecución periódica o con entregas parciales; en este último caso, solo se calcula considerando el plazo y monto de las prestaciones individuales.

Se indica que “la aplicación de la penalidad por mora dependerá de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis” (Bardales, 2020, p. 28). De esta manera, en concordancia con lo señalado por esta Dirección mediante Opinión N° 103-2019/DTN, si el contrato es uno de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

En los contratos de ejecución periódica, son sus correspondientes prestaciones parciales aquellas susceptibles de ser penalizadas; es decir, en caso de que se configure un retraso injustificado serán estas prestaciones parciales las

“prestaciones individuales” que deben ser consideradas para realizar el cálculo del monto de la penalidad por mora.

La entidad puede evaluar una solicitud de no aplicación de penalidades por mora con base en el sustento presentado por el contratista ejecutor de la obra y, además, en la opinión de la supervisión. Si se concluye que el retraso es justificado, el gasto por el supervisor o el inspector debe ser asumido por la entidad.

#### **4.2. Contratación de supuestos.**

##### **4.2.1. Contratación del Supuesto General:**

*La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas.*

“Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha regulado un procedimiento específico, formalidades o plazos, a fin de calificar un retraso como justificado, en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora, la Entidad puede basar su decisión no sólo en el sustento presentado por el contratista ejecutor de obra” (Valdivieso, 2020, p. 23), sino también en la opinión de la supervisión que pudiera requerirse a ésta a ésta –en el marco del contrato de supervisión- para determinar si tal retraso resulta, o no, imputable al contratista ejecutor de obra y, en consecuencia, decidir sobre dicha solicitud.

Asimismo, cabe precisar que la normativa en mención no exige que tal decisión sea comunicada al contratista mediante una “resolución”, pudiendo la Entidad emplear cualquier documento emitido por el servidor o funcionario competente, según su organización interna y/o de acuerdo a lo previsto en el contrato, mediante el cual notifique su decisión.

Cuando se configure un retraso que la Entidad considere justificado, que diera lugar a la no aplicación de la penalidad por mora al contratista –bajo los alcances del numeral 162.5 del artículo 165 del Reglamento-, el costo que genere la extensión del servicio del inspector o supervisor es asumido por la Entidad, toda vez que las obligaciones a que hace referencia el artículo 189 del Reglamento sólo recaerían en dicho contratista en la medida que el atraso incurrido en la ejecución de la obra hubiera sido imputable a éste”.

En el caso de un contrato de ejecución única con entregas parciales, a fin de aplicar la penalidad por mora, el contrato debe establecer el monto y plazo de manera indubitable.

Se explica que “la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones debe incorporarse en todos los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, y debe ser aplicada siempre que el contratista no cumpla injustificadamente con las prestaciones a su cargo en el plazo previsto en el contrato” (Montes, 2019, p. 90).

#### **4.2.2. Contratación del primer supuesto específico**

*La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho a la defensa de los contratistas.*

El cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “monto” y “plazo” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única, deberá aplicarse respecto del monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

Con la finalidad de aplicar la penalidad por mora a las “prestaciones individuales” materia de retraso, el “monto” y el “plazo” de las prestaciones parciales del contrato de ejecución periódica –o, de ser el caso, de las entregas parciales del contrato de ejecución única- deberán estar contemplados en el contrato o deberán poder definirse indubitablemente a partir de él.

Ahora bien, en el caso de existir observaciones a las entregas parciales, la entidad debe otorgar un plazo al contratista para subsanarlas. En caso de no ocurrir dicha subsanación, la entidad podrá aplicar la penalidad por mora.

#### **4.2.3. Contratación del segundo supuesto específico**

*La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho a la proporcionalidad de las sanciones administrativas de los contratistas.*

En el marco de los contratos regulados por lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado vigente, cuando la Entidad formule observaciones a las entregas parciales (prestación individual) debe otorgarle el plazo que corresponde para subsanar dichas observaciones, conforme a lo previsto en el artículo 168 del Reglamento. De no subsanarse las observaciones en el plazo otorgado, la Entidad deberá aplicar la penalidad por mora correspondiente.

El numeral 168.5., del artículo 168 del reglamento ha señalado que, respecto del retraso en la subsanación de las observaciones formuladas por la entidad en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, se aplica la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar las observaciones formuladas por el funcionario competente para emitir la conformidad.

El artículo 163 del reglamento habilita a la entidad a consignar en los documentos del procedimiento de selección penalidades distintas a la mora, desarrollada en el artículo 162”.

#### **4.3. Discusión de resultados**

En este apartado hare La omisión de los parámetros antes mencionados constituye una contravención del debido procedimiento que caracteriza a todo contrato público, toda vez que el contratista queda inmerso en una situación desfavorable y de incertidumbre al no conocer previamente los parámetros bajo los cuales se regirá la supervisión (o el área encargada por la Entidad) al momento de elaborar su informe de aplicación de penalidades.

Por lo tanto, la ausencia del debido procedimiento evidencia un abuso de autoridad por parte de la supervisión y, en consecuencia, por parte de la Entidad, quien también está obligada a motivar sus actos administrativos y a dirigir su conducta en salvaguarda del interés público.

Así, las Opiniones N° 023-2017/DTN y N° 264-2017/DTN emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) señalan lo siguiente: “(...) la Entidad podía establecer, en las Bases del proceso de selección, penalidades distintas a penalidad por mora –entiéndase, “otras penalidades”– con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles perjuicios que dicho incumplimiento le fuese a causar.

Dicha potestad debía ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

La objetividad implicaba que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;

Por su parte, la razonabilidad implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarían al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.

La congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizara el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.

Respecto el parámetro “objetividad”, el Laudo del 21 de marzo del 2019 administrado por el OSCE indicó lo siguiente:

“Que, como se desprende del criterio interpretativo del organismo supervisor, el requisito de “objetividad” demanda que se señale de forma clara lo siguiente:

Descripción de los incumplimientos.

Monto o porcentaje a aplicarse como penalidad por cada incumplimiento.

Procedimiento de verificación de hechos que configuran un incumplimiento.”

Por lo tanto, es sumamente importante que los documentos del procedimiento de selección contemplen de manera objetiva, clara y precisa los parámetros que debe seguir la supervisión (o el área encargada por la Entidad) para que sustente adecuadamente su informe de aplicación de “otras penalidades”.

Todo ello es fundamental puesto que, durante la etapa de ejecución contractual, dichos informes suelen ser muy influyentes en la decisión a adoptarse por el funcionario público responsable de aplicar la penalidad al contratista.

## CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas, al establecerse sanciones desproporcionadas y arbitrarias, utilizando de manera desmedida la figura de la penalidad, sin realizar una adecuada revisión del estado del contrato.
2. Se ha establecido que la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho a la defensa de los contratistas.
3. Se ha determinado que la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho a la proporcionalidad de las sanciones administrativas de los contratistas.

## RECOMENDACIONES

1. Se sugiere que el Estado, debe abordar los mecanismos necesarios para contrarrestar la corrupción y capacitar a cada uno de sus funcionarios en el manejo de las contrataciones estatales, e informales que toda práctica desleal contra la administración pública acarrea una consecuencia jurídica que es penada con cárcel y son imprescriptibles.
2. Consideró que debe existir una regulación mucho más detallada para poder plantear la determinación de las penalidades en las contrataciones con el estado, toda vez que, muchas veces existe cierta discrecionalidad administrativa, que termina afectando un adecuado debido procedimiento administrativo.
3. Se sugiere que el tema en cuestión sea debatido a nivel de las Facultades de Derecho de nuestro país, para así proponer mayores alcances sobre este tema tan relevante. También en los Colegios de Abogados, para que exista un consenso sobre cómo debe manejarse el gasto público en este tipo de penalidades, y evitar la afectación al interés público.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Atalba, E. (2009). *La nueva gestión pública y la gestión por competencias*. Reus - Barcelona: Universidad Rovira i Virgili.
- Behar, R. (2001). *Metodología de la Investigación*. Madrid: Atenas.
- Casas, C. (2011). *Marco Conceptual sobre Reforma y Modernización del Estado y de la Gestión Pública*. Lima: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Costa, W. (1992). *Técnicas de Investigación*. Lima: Universidad Tecnológica del Perú.
- Curasma, E. (2015). *El sistema de contrataciones públicas del estado y la eficiencia de gestión en el gobierno regional de huancavelica año 2011*. Huancavelica: Universidad Nacional de Huancavelica.
- Danós, J. (2013). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de derecho administrativo del círculo de derecho administrativo de la PUCP*, Nro. 80.
- De la Torre, J. (2014). *Reforma municipal y capacidad de gestión de los gobiernos municipales en México: un estudio comparado en seis municipios del estado de San Luis Potosí, México (1983-2000)*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Díaz, N. (2011). *Metodología de la investigación científica y bioestadística*. Santiago de Chile: Universidad Finis Terrae.
- Garrido, G. (2012). *Investigación y Estadística*. Bogotá: Atlas.
- González, R. (2011). *La administración pública municipal y el servicio civil de carrera. El caso del municipio del Valle de Santiago, Gto.* Mexico D.F.: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.
- Guinart, J. M. (2003). Indicadores de gestión para las entidades públicas. *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003*.
- INCISPP-Instituto de Ciencias Sociales y Políticas Públicas . (11 de Abril de 2017). *Los Sistemas de Contratación en el Perú- Concepto y Clases*. Obtenido de Blog del Instituto de Ciencias Sociales y Políticas Públicas : <http://incispp.edu.pe/blog/sistemas-de-contratacion-peru/>.

- Mejía, W. (2016). *Influencia de la ejecución de los procesos de contratación de bienes y servicios en el cumplimiento de metas presupuestarias de la Municipalidad Distrital de Santa Rosa periodos 2013 - 2014*. Juliaca: Universidad Nacional del Altiplano.
- Moreno, A. (2015). Principios generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina. *Derecho & Sociedad N° 44*, 55-64.
- PCM-Presidencia del Consejo de Ministros . (2012). Modernización de la gestión pública en el Perú. *Memoria del Seminario Internacional*.
- Sabino, C. (2000). *Metodología de la Investigación*. Santiago de Chile: Lex.
- Salazar, R. (2012). El concepto y los factores de los Contratos de la Administración Pública como referentes necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú. *Derecho & Sociedad N° 29*.
- Sánchez, J. (2002). Gestión Pública y Governance. *Toluca: Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C. .*
- Santiago, A. (2010). *Introducción a la Investigación*. Lima: Universidad César Vallejo.
- Tello, P. (2008). *Gestión pública*. Madrid: Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral.
- Venegas, H. (2013). *Análisis y mejora de los procesos de adquisiciones y contrataciones de una empresa del estado en el sector hidrocarburos .* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

# **ANEXOS**

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

**Título:** APLICACIÓN ARBITRARIA DE PENALIDADES EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO Y EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	SUPUESTOS	CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<p><b>GENERAL:</b> ¿De qué manera la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas?</p> <p><b>ESPECÍFICOS</b> ¿Cómo la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho a la defensa de los contratistas? ¿Cómo la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho a la proporcionalidad de las sanciones administrativas de los contratistas?</p>	<p><b>GENERAL:</b> Determinar de qué manera la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas.</p> <p><b>ESPECÍFICOS</b> -Establecer cómo la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho a la defensa de los contratistas. Establecer cómo la aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta el derecho a la proporcionalidad de las sanciones administrativas de los contratistas.</p>	<p><b>GENERAL:</b> La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho al debido procedimiento administrativo de los contratistas.</p> <p><b>ESPECÍFICOS</b> -La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho a la defensa de los contratistas. La aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado afecta de forma directa y significativa el derecho a la proporcionalidad de las sanciones administrativas de los contratistas.</p>	<p><b>INDEPENDIENTE:</b> Aplicación arbitraria de penalidades en el ámbito de las contrataciones con el Estado.</p> <p><b>DEPENDIENTE:</b> Derecho al debido procedimiento administrativo.</p>	<p>-Contratación excluida de la ley de contrataciones. -Se regulan siempre que exista disposición expresada.</p> <p>-Derecho a la defensa. -Derecho al debido procedimiento administrativo.</p>	<p><b>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</b> Hermenéutica jurídica.</p> <p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</b> Investigación básica.</p> <p><b>NIVEL DE INVESTIGACIÓN:</b> Nivel explicativo.</p> <p><b>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:</b> Diseño no experimental.</p> <p><b>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS:</b> Análisis documental.</p> <p><b>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN</b> Ficha de análisis documental.</p>

**FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**

<b>CASO</b>	<b>INFORMACIÓN JURÍDICA RELEVANTE</b>	<b>COMENTARIO DE LA INVESTIGADORA</b>
<p>Empresa Inversa S.R.L. (el contratista) con el Seguro Integral de Salud (La entidad).</p>	<p>“6.1. La primera pretensión consiste en «Que, el Árbitro Único reconozca y realice una nueva interpretación de los criterios y procedimientos para la imposición de penalidades por mora en la ejecución de la prestación, toda vez que el criterio utilizado por la Entidad respecto al monto y al plazo de la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso, no guarda relación con lo establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. N° 184-2008-EF).</p> <p>6.2. Los argumentos en los que el Contratista sustenta su pretensión son resumidos a continuación:</p> <p>(1) El artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado regula la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, siendo que la fórmula contenida en dicho artículo considera como elementos del cálculo al monto y al plazo de la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso, precisándose que "Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso"».</p> <p>(ii) Refiere que en el presente caso «de la revisión del objeto de la convocatoria, se tendría que este corresponde a las PRESTACIONES DE EJECUCION CONTINUADA, en el sentido que, la prestación del servicio de limpieza de oficinas es permanente, sin embargo, debemos considerar que la aplicación de las penalidades por mora en la ejecución debería calcularse en función al ítem que debió ejecutarse, entendiéndose por este al centro de costo, siendo además que su límite sería el 10% de este.</p>	<p>Se puede apreciar del caso anexado, que, en la presente, la entidad ha aplicado penalidades arbitrarias, al momento de contabilizar minutos y segundos, para justificar aparentemente un retraso en el cumplimiento del contrato, lo cual no se condice con el criterio jurisprudencial que el OSCE ha establecido, y que es también refrendado por el Laudo Arbitral citado. De esta manera, las garantías enunciadas como el criterio de proporcionalidad razonabilidad al momento de imponerse penalidades a la empresa contratista, se encuentran orientadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos más elementales de los administrados.</p>

	<p>Es decir, de acuerdo a la facturación individualizada del lugar donde se incurrió en la supuesta acción que acarreó las penalidades, siendo que, cada local a nivel nacional tiene su centro de costo, por lo que en materia de contratación pública se entendería que cada local de prestación del servicio es independiente a otra región, ya sea por ubicación, geografía, distancia, accesos, entre otros.</p> <p>6.3. La Entidad en su escrito del 11 de mayo del 2017 contestó la demanda alegando lo siguiente:</p> <p>(1) Las penalidades por mora se han aplicado de acuerdo al artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Por ende, al no cumplir el Contratista con la ejecución del servicio conforme a lo señalado en el numeral 4 de los Términos de Referencia, se aplicó las penalidades según detalle. contenido en su contestación de demanda.</p> <p>(ii) No es correcto lo que el Contratista ha indicado, pues el proceso de selección no fue convocado por ítems, en tal sentido, el Contratista pretende forzar que los TDR's y GMR deben ser considerados como ítems, o centro de costos. Sostiene en tal sentido que las penalidades han sido efectuadas considerando el monto y el plazo del mes del cual se ha prestado el servicio y que ha sido materia de incumplimiento, independientemente del lugar donde se ha prestado el servicio, teniendo en cuenta el contrato,</p> <p>(iii) Asimismo, «para la aplicación del 10% como monto máximo de aplicación de penalidad, siempre será del monto del contrato vigente, independientemente, si es un contrato de ejecución continua o periódica. (Opinión N° 020-2014/DTN), por lo que pretender que el límite sea el 10% del monto del "Centro de Costos", es contrario a ley»</p> <p>(iv) Sostiene también que la penalidad por mora se ha aplicado «porque el personal no prestó servicio efectivo en nuestras instalaciones, no teniendo nada que ver el tema de "abandono de trabajo", porque eso, es netamente responsabilidad del contratista». En tal sentido, refiere que las penalidades por mora «son por el atraso en la ejecución del servicio de acuerdo al numeral 4 de los Términos de Referencia, en</p>	
--	--	--

	<p>donde se establece el cumplimiento del horario de la prestación, penalidad que se aplicó por que los agentes no cumplieron con ingresar a prestar el servicio en el horario indicado. Asimismo, se controló el ingreso de entrada luego de refrigerio y el horario de salida, aplicándose las penalidades por mora, por la no prestación del servicio».</p> <p>(v) Refiere también que «se aplicó la penalidad por mora de acuerdo al artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, porque la empresa no inicio con prestar los servicios en las UDR Abancay, UDR Lima Metropolitana Centro, UDR Lima Región, UDR Lima Metropolitana Norte, IDR Piura I, UDR Puno, en la fecha programada (26-01 2016) generando un retraso de ocho (8) días».</p> <p>6.4. Al respecto, se encuentra probado que luego de adjudicarse la buena pro, las partes suscribieron el Contrato el 20 de enero del 2016.</p> <p>6.5. Está probado que la finalidad de contratación fue mantener en óptimo estado la limpieza, mantenimiento y conservación de los ambientes de las Oficinas del Seguro integral de Salud a nivel nacional, a fin de salvaguardar la salud e integridad de los trabajadores y personas que acuden a los locales, por los servicios que se brindan y actividades que allí se realizan»&gt;. Así consta en el numeral 2 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas. Los lugares en los que se debía prestar el servicio fue estipulado en 57 sedes, entre oficinas, unidades desconcentradas regionales (UDR), gerencias macrorregionales (GMR). Así consta en el numeral 3 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas.</p> <p>6.6. Tanto en la Audiencia de Ilustración de Posiciones como en la Audiencia de Informes Orales, han sido diversos los argumentos que el Contratista ha invocado respecto de esta pretensión. Sin embargo, no debe perderse de vista que en ella el Contratista pretende que el árbitro realice una nueva interpretación de los criterios y procedimientos para la imposición de la penalidad por mora «toda vez que el criterio utilizado por la Entidad respecto al monto y al plazo de</p>	
--	--	--

	<p>la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso, no guarda relación con lo establecido en el artículo 165° del Reglamento» (el subrayado no es nuestro). Se observa de este modo que hay dos aspectos respecto de los cuales se solicita una &lt;&lt;nueva interpretación», a saber, el monto y el plazo que la Entidad ha considerado para aplicar al Contratista la penalidad por mora.</p> <p>6.7. Al respecto, en primer lugar, se debe remarcar que la Entidad no ha puesto en duda la facultad que el Contratista atribuye al árbitro para realizar una nueva interpretación de los procedimientos y criterios aplicados por la Entidad en la aplicación de las penalidades por mora. No obstante que no habido cuestionamiento sobre este aspecto, al árbitro entiende que más que efectuar una nueva interpretación de la actuación llevada a cabo por la Entidad, de lo que se trata es de determinar si tal actuación se ha efectuado en concordancia con la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y el Contrato, que son las normas que vinculan a las partes. No se trata entonces de que el árbitro establezca una nueva interpretación, sino de determinar si las penalidades por mora que la Entidad ha impuesto se sustentan o no en los dispositivos que regulan la relación contractual. Vista la pretensión desde esta perspectiva, se entiende que Entidad no haya cuestionado lo pretendido por el Contratista.</p> <p>Por ende, la cuestión que plantea la primera pretensión de la demanda es si las penalidades por mora impuestas por la Entidad al Contratista cuentan con sustento legal y contractual en lo que se refiere al monto utilizado para aplicar la penalidad y al plazo penalizado. Para ello se debe determinar cuáles son las penalidades por mora impuestas por la Entidad.</p> <p>De lo expuesto en la contestación de demanda del 11 de mayo del 2017 y en el escrito del 14 de marzo del 2018, se tiene que la Entidad ha reconocido haber impuesto al Contratista las siguientes penalidades por mora en aplicación del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.</p>	
--	--	--

	<p>(...)</p> <p>6.28. En efecto, debe tenerse en cuenta que las prestaciones objeto del Contrato no se encuentra constituidas por el puntualísimo ingreso de los trabajadores asignados por el Contratista para prestar el servicio. Conforme se observa de los numerales 1 y 2 de los Términos de Referencia, el objeto del Contrato fue el servicio de limpieza integral de las oficinas de la Entidad. Para el cumplimiento de esta finalidad el Contratista se obligó a realizar diversas actividades de frecuencia diaria, semanal, mensual, trimestral y semestral, que se encuentran debidamente detalladas en el numeral 7 de los Términos de Referencia. Algunas de estas actividades consistían en el barrido y trapeado de todos los pisos, limpieza de baños, de papeleras, tachos y basureros, actividades de que debían hacerse diariamente. Otras actividades que debían efectuarse una vez a la semana eran la limpieza integral de ventanas, el desmanchado de paredes, zócalos y maceteros, y el lavado de sillones tapizados en marroquín u otro material. Asimismo, como actividades de frecuencia mensual, el Contratista debía lavar las persianas, limpiar los techos, azoteas y tragaluces. Y, como actividades semestrales debía efectuar la limpieza general de fachada, habiéndose pactado, además, como servicios especializados de frecuencia trimestral, la fumigación, desratización, y limpieza y desinfección de cisternas. Por ende, es el retraso injustificado en la ejecución de estas prestaciones lo que permite a la Entidad a penalizar por mora al Contratista.</p> <p>6.29. Y la Entidad no ha invocado, en ninguna de las cartas con las que ha penalizado por mora al Contratista, o en los escritos presentados al proceso, que éste haya incumplido o se haya retrasado en la ejecución de algunas de las actividades que conforman su prestación.</p> <p>6.30. <b>De este modo, el árbitro considera que la tardanza en el ingreso a los centros de labores de los trabajadores del Contratista no puede ser equiparado con el retraso de las prestaciones objeto del Contrato, más aún cuando la Entidad en ningún extremo ha</b></p>	
--	--	--

	<p><b>expresado que el Contratista ha incumplido ninguna de las actividades a las que se encontraba obligado.</b></p> <p>6.31. Por lo demás, el cómputo del plazo del retraso debe ser efectuado en función del real retraso computado en días calendarios; lo cual implica que la Entidad debe afirmar y acreditar que determinada prestación se ejecutó en mayores días que los previstos en el Contrato. Sólo así podría postularse un retraso para efectos de aplicar la penalidad prevista en el artículo 165 del Reglamento. Por ende, el mecanismo aplicado por la Entidad para determinar los "días de retraso", consistente en sumar cada uno de los segundos y minutos de tardanza en los que incurrieron los 55 trabajadores del Contratista es, evidentemente, un mecanismo artificial, que no coincide con lo que la ciencia y los usos y costumbres asignan al concepto "día".</p> <p>6.32. No existe en el Contrato ni en las bases ningún acápite que avale el método que la Entidad ha utilizado para penalizar por mora por no brindar el servicio en el horario establecido. El árbitro considera que, para aplicar una penalidad semejante, tal posibilidad por lo menos debió estar expresamente prevista en las bases del proceso de selección.</p> <p>6.33. En virtud de los fundamentos precedentes, el árbitro considera que las penalidades por mora impuestas por la Entidad porque el Contratista «no brindó el servicio en el horario establecido» descritas en el fundamento 6.25 de este laudo se han impuestos contraviniendo el Contrato y el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Por ende, en este extremo, la primera pretensión del Contratista es fundada.</p>	
--	---	--

CASO	INFORMACIÓN JURÍDICA RELEVANTE	COMENTARIO DE LA INVESTIGADORA
<p>Empresa TODO EVENTOS S.A.C (Contratista) con Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (La entidad).</p>	<p>La conformidad de servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será emitida por el Responsable de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de AYACUCHO.</p> <p>De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, El CONTRATISTA no cumpliera a cabalidad con la subsanación, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.</p> <p>Este procedimiento no será aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las característica y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.</p> <p>Es decir, se puede corroborar que la ENTIDAD habría impuesto las penalidades en el período 6 de enero al 5 de febrero de 2016, sin antes haber realizado la observación previa con el levantamiento de Acta precisando los incumplimientos para la aplicación de penalidades. conforme se dispuso en el CONTRATO y las Bases Integradas.</p> <p>(...)</p> <p>153. Cabe precisar que dicha causal, suscitada en el período del 6 de enero al 5 de febrero de 2016, fue aplicada durante los períodos siguientes. Ello podemos apreciar al revisar los informes posteriores a través de los cuales la ENTIDAD brindó la conformidad para efectos del pago. Hechos que fueron confirmados por el DEMANDADO en el considerando Octavo de su escrito de contestación de demanda.</p>	<p>En el presente caso citado, se puede evidenciar cómo la entidad sin respetar el debido procedimiento para evaluar la conformidad, termina aplicando una penalidad a la empresa contratista de forma directa, sin que respete el derecho a un debido procedimiento administrativo, ni tampoco respetando el cumplimiento del derecho a una debida notificación.</p> <p>Es importante considerar que la cobertura del debido procedimiento administrativo se extiende a todo el ejercicio que la administración pública debe desarrollar en la realización de sus fines y objetivos estatales, lo que implica que aquello abarca todas las manifestaciones que se refieren a la formación y ejecución de los actos, las peticiones que presenten los particulares y los procesos que adelante la administración con el fin de garantizar los derechos de los administrados, en este caso, de la empresa contratista que se ha visto afectada por este tipo de criterios arbitrarios.</p>

	<p>Finalmente, se debe precisar que la ENTIDAD no puede pretender atribuir su responsabilidad al CONTRATISTA, esto es, la emisión de la autorización o rechazo del cambio de personal, más aún que los operarios se instalaron en sus centros de labores sin ningún tipo de objeción por los funcionarios de la ENTIDAD. Admitir lo mencionado, implicaría vulnerar el derecho del CONTRATISTA, en tanto que la emisión de dicho documento, no dependía de este último. Además de ello, en el Informe N° 0031-2016-JETA de fecha 25 de julio de 2016, a través del cual concluye que las penalidades impuestas al CONTRATISTA superaron el 10%, la ENTIDAD.</p> <p>(...)</p> <p>De lo aludido por el DEMANDADO, queda claro que esta parte no usa el mismo criterio para sus actuaciones, en tanto que en el numeral 3 afirma que ellos remitieron vía correo electrónico observación a la documentación presentada por el CONTRATISTA, y en el numeral 5 observa que el CONTRATISTA haya remitido documentación vía correo electrónico, en lugar de la forma física, como estaba previsto en la Cláusula Vigésima del Contrato, donde ambas partes declaran sus direcciones como domicilio para efectos de las notificaciones que se realicen durante la ejecución del contrato.</p>	
--	---	--