



## *Resolución de Gerencia*

**VISTOS:** El expediente administrativo referido a la queja por defecto de tramitación, interpuesta por Seguridad & Digitalización S.A.C. contra la señorita Laura Mensia Luna Torres, Directora General de la Oficina General de Administración y Finanzas; y, el Informe N° 000193-2020-AJ/MIGRACIONES, de fecha 20 de marzo de 2020, de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

### **CONSIDERANDO:**

El numeral 169.1 del artículo 169° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, establece que, en cualquier momento, los administrados pueden formular queja por defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de los deberes funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto en la instancia respectiva;

Asimismo, el numeral 169.2 del referido artículo 169° dispone que, la autoridad superior resuelve la queja, previo traslado al quejado, a fin de que pueda presentar el informe que estime conveniente;

Con escrito ingresado el 28 de febrero de 2020, el proveedor Seguridad & Digitalización S.A.C. (en adelante, el quejoso) interpuso queja por defecto de tramitación contra la señorita Laura Mensia Luna Torres, Directora General de la Oficina General de Administración y Finanzas (en adelante, la servidora quejada);

Mediante Memorando N° 000214-2020-AJ/MIGRACIONES, de fecha 02 de marzo de 2020, la Directora General de la Oficina General de Asesoría Jurídica corrió traslado de la queja presentada a la servidora quejada, a fin de que realice sus descargos;

### **ARGUMENTOS DE LA QUEJA:**

Seguridad & Digitalización S.A.C. manifiesta que la servidora quejada ha emitido, de manera arbitraria, la Carta N° 000492-2020-AF/MIGRACIONES, de fecha 26 de febrero de 2020, mediante la cual se le exige la presentación de una garantía de hasta tres por ciento (3%) del valor estimado o valor referencial, correspondiente al procedimiento de selección Adjudicación Simplificada N° 23-2019-MIGRACIONES, Primera Convocatoria, para la contratación del “Servicio de elaboración de microformas con valor legal para la Superintendencia Nacional de Migraciones”, requerimiento que, a su entender, es ilegal por contravenir lo establecido en los numerales 1, 9 y 18 del artículo 261° el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por los siguientes motivos:

- i) La Carta N° 000492-2020-AF/MIGRACIONES hace referencia al criterio establecido en la Opinión N° 039-2018-DTN, justificando que dicho pronunciamiento establece la obligación de los postores o participantes en un procedimiento de selección, a presentar dicha garantía cuando el pedido de nulidad resulta ser equivalente al de una apelación.
- ii) El supuesto empleado en la Carta materia de queja no es aplicable al presente caso, pues conforme se señala en la referida Opinión de la DTN, los recursos de nulidad que se plantean están orientados a cuestionar los resultados del procedimiento, esto es, el otorgamiento de la buena pro o a pedir la nulidad del procedimiento de selección. En ninguno de estos supuestos se encuentra la nulidad formulada por nosotros mediante Carta S/N de fecha 25 de febrero de 2020, pues la nulidad que se ha formulado es a la pérdida de la Buena Pro, por efectos de habernos exigido presentación de documentación no exigible ni por la Ley de Contrataciones del Estado ni en su reglamento, tampoco en las bases integradas.
- iii) La citada Opinión está orientada a que las nulidades que soliciten los postores o participantes, sea respecto de aquellos actos que se den durante o con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, hasta antes de la celebración del contrato, y aquellos actos que celebre el Titular de la Entidad como son la cancelación y la nulidad del procedimiento.
- iv) Además, la nulidad debe ser presentada dentro de los plazos establecidos para el recurso de apelación, de conformidad con lo señalado en el artículo 97.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En el pedido de nulidad formulado por nuestra parte, ya no existe plazo, pues los plazos se han extinguido en relación a las etapas del procedimiento de selección, y ello es así porque dichos actos pueden haber sido materia de recurso de apelación; sin embargo, en el presente caso, se trata de una pérdida de buena pro y se ha convocado al postor que quedó en segundo lugar, para que dentro de los tres días de haberse declarado la pérdida de la buena pro proceda a firmar el contrato; como se puede apreciar no se trata de una etapa contemplada como supuesto para exigir de manera ilegal la presentación de una garantía.
- v) La Dirección Técnico Normativa ha establecido, a través de la Opinión N° 039-2018/DTN, que la exigencia de la presentación de una garantía por la solicitud de una nulidad respecto del procedimiento de selección es el supuesto donde resulta exigible la garantía.

En ese sentido, dentro de los requisitos para presentar una solicitud de nulidad se encuentra la presentación de una garantía, bajo las mismas condiciones que la presentada en un recurso de apelación, la misma que es emitida a favor de la Entidad a la cual se solicita la nulidad. Dicha exigencia ha sido incorporada con ocasión de la modificación de la Ley, producida mediante Decreto Legislativo N° 1341, ello con el fin de evitar la proliferación de solicitudes de nulidad en lugar de aplicar el recurso de apelación previsto en la normativa de contrataciones del Estado.

- vi) En el presente caso, se trata de la nulidad de una pérdida de buena pro, por efecto de la exigencia de documentación de manera ilegal, en tal caso se puede apreciar que nuevamente se está limitando nuestros derechos, exigiendo la presentación de garantías de manera ilegal, ello atenta de manera directa contra nuestro derecho al debido procedimiento administrativo.

## DESCARGOS DE LA SERVIDORA QUEJADA:

A través del Informe N° 000025-2020-AF/MIGRACIONES, de fecha 03 de marzo de 2020, la señorita Laura Mensia Luna Torres, Directora General de la Oficina General de Administración y Finanzas sostiene que, no existe ilegalidad en la solicitud de la garantía para la tramitación de la nulidad presentada por el postor Seguridad & Digitalización SAC, toda vez que el pedido de la Entidad se encuentra amparado en el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el numeral 44.6 del artículo 44° de la misma norma legal; en este sentido, no se ha requerido un documento prohibido, ni se ha actuado de manera ilegal y, en consecuencia, tampoco se ha limitado el derecho del postor a realizar cualquier actuación que se encontrara dentro de un marco legal. Sustenta su descargo en los siguientes argumentos:

- i) Según las disposiciones del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, la norma solo ha previsto el recurso de apelación como mecanismo para resolver las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, para impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

No obstante, la Opinión N° 039-2018/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE ha señalado:

*“... En el supuesto que un participante o proveedor advierta la existencia de inconsistencias o transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado, dentro del procedimiento de selección existen otros mecanismos a través de los cuales se pueden denunciar estos hechos.*

*Así, en el marco de los artículos 10° y 11° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, concordados con el artículo 44° de la Ley, cualquier participante o postor puede solicitar ante la Entidad la nulidad del procedimiento de selección, al advertir la existencia de hechos que configuren una causal de nulidad.*

*Dicha solicitud de nulidad es conocida por el Titular de la Entidad y puede ser declarada hasta antes del perfeccionamiento del contrato.”*

- ii) De manera concordante con la opinión de la DTN y atendiendo lo dispuesto por el numeral 44.6 del artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado que prescribe: *“Cuando la nulidad sea solicitada por alguno de los participantes o postores, bajo cualquier mecanismo distinto al recurso de apelación, esta debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Ley”*, se le requirió al referido postor la presentación de la garantía correspondiente al 3% del valor del procedimiento de selección.

El mencionado requerimiento no fue efectuado de manera arbitraria o por decisión excesiva de la suscrita, sino enmarcado en una normativa legal especial, que no solo habilita a la autoridad administrativa para ello, sino que contiene en su enunciado el mensaje impositivo de su cumplimiento, el cual no puede eludirse, reflejado en la siguiente frase: *“...esta debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 41° de la Ley”*.

- iii) El quejoso alega que el requerimiento de garantía no le resulta aplicable debido a que la referida Opinión N° 039-2018/DTN se refiere a situaciones en que se cuestiona el otorgamiento de la buena pro o cuando se pide la nulidad del procedimiento de selección y, -señala- que su pedido de nulidad se encuentra referido a la pérdida de la buena pro, queriendo dar a entender que el acto que él cuestiona no se encuentra dentro de los supuestos mencionados.
- iv) Sin embargo, el postor quejoso no quiere aceptar que el trámite para las nulidades, según el artículo 44.6 de la Ley es el recogido en el artículo 41° de la misma, y este se encuentra orientado a atender las discrepancias surgidas en un procedimiento de selección, dentro del cual se encuentra el trámite para el perfeccionamiento del contrato, hasta cuando este es suscrito o se notifica la orden de compra o de servicio, según corresponda, puesto que, según el artículo 69° del Reglamento de dicha Ley, el procedimiento de selección culmina cuando: (a) Se perfecciona el contrato, (b) Se cancela el procedimiento, (c) Se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causa imputable a la Entidad; y (d) No se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 136°. Y ninguno de los supuestos señalados se ha cumplido aún.
- v) Entonces, conforme a lo expuesto, no se encuentra justificada la queja, atendiendo los siguientes hechos que desvirtúan la acusación supuestamente basada en los numerales 1, 9 y 18 del artículo 261° del TUO de la Ley N° 27444:
- Con relación al numeral 1 del art. 261:  
No ha existido negativa a recibir la nulidad presentada, es más, el escrito se encuentra recibido con fecha 25 de febrero de 2020, solo observado hasta la subsanación requerida.
  - Con relación al numeral 9 del art. 261:  
Se ha demostrado que el requerimiento de garantía para tramitar la nulidad presentada por el postor es lícito, pues atiende una exigencia normativa.
  - Con relación al numeral 18 del art. 261:  
La garantía requerida no constituye un documento prohibido de ser solicitado, es más, es un documento exigido en el trámite dispuesto por una ley especial para atender las nulidades, antes del perfeccionamiento del contrato.

### **ANÁLISIS:**

Con fecha 30 de diciembre de 2019 se convocó el procedimiento de selección, Adjudicación Simplificada N° 023-2019-MIGRACIONES “Servicio de elaboración de microformas con valor legal para la Superintendencia Nacional de Migraciones”, habiéndose otorgado la buena pro a favor del postor Seguridad & Digitalización SAC (el quejoso);

Mediante Carta s/n, de fecha 13 de febrero de 2020, el quejoso, en su condición de ganador de la Buena Pro, presentó parte de los documentos para la suscripción y perfeccionamiento del contrato, omitiendo presentar tres requisitos: el detalle de los precios unitarios del precio ofertado, la estructura de costos y copia del contrato de trabajo o vínculo contractual entre el contratista y el Fedatario Informático; por lo que, la servidora quejada, en calidad de Directora General de la Oficina General de Administración y Finanzas a través de la Carta N° 000417-2020-AF/MIGRACIONES, de fecha 17 de febrero de 2020, teniendo como sustento el Informe N° 000209-2020-AF/ABAS/MIGRACIONES, de la misma fecha, emitida por la Responsable de Abastecimiento de la referida Oficina General, le comunicó de la omisión detectada y le otorgó un plazo de dos (02) días hábiles, contados a partir del día siguiente de recibida la misiva, a fin de que proceda a la subsanación correspondiente;

A través del Informe N° 000242-2020-AF-ABAS/MIGRACIONES, la Responsable de Abastecimiento concluyó que el quejoso no subsanó fehacientemente las observaciones formuladas; por lo que, mediante la Carta N° 000478-2020-AF/MIGRACIONES, de fecha 21 de febrero de 2020, se le notificó la pérdida automática de la buena pro; en respuesta, el quejoso presentó un escrito s/n de fecha 25 de febrero de 2020 solicitando la nulidad de la citada carta;

Posteriormente, mediante la Carta N° 000492-2020-AF/MIGRACIONES, la servidora quejada, comunicó al quejoso la omisión de la presentación de la garantía correspondiente, equivalente al 3% del valor estimado del procedimiento de selección, según lo establecido por el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado; y, le requirió a subsanación respectiva, otorgándole un plazo de dos (02) días hábiles, contabilizados a partir del día siguiente de recibida la misiva;

Teniendo como contexto lo señalado precedentemente, procederemos a determinar si, la citada Carta N° 000492-2020-AF/MIGRACIONES, mediante la cual se le requirió al quejoso la presentación de la garantía correspondiente su solicitud de nulidad de la Carta N° 000478-2020-AF/MIGRACIONES, se encuentra ajustado a derecho;

Al respecto, de la lectura conjunta de los artículos 41° y 44° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante, el TUO de la Ley) se desprende que, **el ordenamiento jurídico vigente en materia de contratación pública permite que los participantes o postores cuestionen actos dictados durante el desarrollo del procedimiento de selección hasta antes del perfeccionamiento del contrato a través, ya sea, del recurso de apelación o de la solicitud de nulidad.** Debe tenerse presente que, ambos artículos desarrollan la solución de controversias que surjan durante el procedimiento de selección; abona a esta interpretación el hecho que la regulación correspondiente a los “*medios de solución de controversias de la ejecución contractual*” se encuentren en el artículo 45° del referido TUO;

### **TÍTULO III SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

#### **Artículo 41. Recursos administrativos**

41.1 Las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. **A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento.** No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento.

41.2 (...)

(...)

#### **Artículo 44. Declaratoria de nulidad**

(...)

44.6 Cuando la nulidad sea solicitada por alguno de los participantes o postores, bajo cualquier mecanismo distinto al recurso de apelación, ésta debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Ley.

[Énfasis nuestro]

Asimismo, en el numeral 5 del artículo 41 del TUO de la Ley se ha dispuesto la siguiente regla relacionada con la nulidad de los actos expedidos en el marco de un procedimiento de selección:

#### **Artículo 41. Recursos administrativos**

(...)

41.5 La garantía por interposición del recurso de apelación debe otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda. El monto de la garantía es de hasta el tres por ciento (3%) del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar.

[Énfasis nuestro]

En ese orden de ideas, tanto el recurso de apelación como la nulidad, figuras jurídicas reguladas a través de los glosados artículo 41° y 44° del Texto Único Ordenado de la Ley, están referidos a la impugnación y cuestionamiento de **todos aquellos** actos dictados durante el desarrollo del procedimiento de selección hasta antes del perfeccionamiento del contrato; **salvo, claro está, de aquellos actos y actuaciones que expresamente la norma ha previsto que no son susceptibles de impugnación** (sea vía apelación o nulidad); siendo así, resulta necesario tener en claro qué cosa no es pasible de ser objeto de apelación o alegación de nulidad por parte de los participantes o postores de un procedimiento de selección; al respecto, el artículo 118° del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, establece lo siguiente:

#### **Artículo 118. Actos no impugnables**

No son impugnables:

- a) Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones.
- b) Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección.
- c) Los documentos del procedimiento de selección y/o su integración.
- d) Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes.
- e) Las contrataciones directas.

En ese sentido, entre los actos susceptibles de apelación o de solicitud de nulidad se encuentran el otorgamiento de la buena pro, la pérdida de la buena pro, la cancelación y la nulidad del procedimiento de selección;

Por tanto, queda claro que, en el TUO de la Ley se ha previsto que, en general, cuando se solicite la nulidad de cualquier acto emitido por la Entidad, **“si la nulidad del procedimiento de selección deriva de un recurso de apelación o de una denuncia interpuesta bajo cualquier mecanismo, ésta debe sujetarse a que el participante o postor cumpla con presentar una garantía a favor del OSCE o de la Entidad, según corresponda, por un monto equivalente al 3% del valor referencial del procedimiento de selección”**, así lo ha señalado el Tribunal de Contrataciones del Estado a través de la Resolución N° 0032-2019-TCE-S4, de fecha 14 de enero de 2019;

Es de igual parecer la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, que, a través de la Opinión N° 142-2018/DTN sostiene lo siguiente:

*“2.2. De otra parte, es preciso señalar que el numeral 44.5 del artículo 44 de la Ley señala que “Siempre que la nulidad derive de un recurso de apelación presentado o **haya sido denunciada bajo cualquier mecanismo por alguno de los participantes o postores, esta se sujeta a lo dispuesto en el numeral 41.5 del artículo 41° de la presente Ley**”. (El resaltado es agregado).*

*Al respecto, el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley regula la garantía por interposición del recurso de apelación, precisando dos (02) requisitos: (i) a favor de quien debe otorgarse - a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda- y, (ii) el monto máximo que se debe garantizar -hasta el 3% del valor referencial del procedimiento de selección o del ítem materia de impugnación.*

*Por tanto, considerando que el Titular de la Entidad es la autoridad competente para declarar la nulidad del procedimiento de selección cuando, durante su tramitación, se verifique alguna de las causales detalladas en el artículo 44 de la Ley, la garantía por la interposición de la solicitud de nulidad debe ser emitida a favor de la Entidad a la cual se solicita la nulidad.*

*En ese contexto, **de conformidad a lo indicado por el OSCE en la Opinión N° 039-2018/DTN**, cabe precisar que dicha exigencia -la garantía- ha sido incorporada con ocasión de la modificación a la Ley, producida mediante Decreto Legislativo N° 1341, **ello con el fin de evitar la proliferación de solicitudes de nulidad en lugar de aplicar el recurso de apelación previsto en la normativa de contrataciones del Estado**.*

[Énfasis nuestro]

Por lo tanto, el recurso de apelación como la nulidad solicitada por el participante o postor de un procedimiento de selección, con independencia del acto cuestionado, siguen las mismas reglas en cuanto a la obligación de la presentación de la respectiva garantía; así pues, la exigencia de la garantía efectuada por la servidora quejada a través de la Carta N° 000492-2020-AF/MIGRACIONES, se realizó siguiendo las disposiciones vigentes en materia de contratación pública; habiendo quedado desvirtuados los argumentos del quejoso;

Conforme concluye la Oficina General de Asesoría Jurídica a través del Informe N° 000193-2020-AJ/MIGRACIONES, de fecha 20 de marzo de 2020, deviene en infundada la queja presentada contra la servidora, señorita Laura Mensia Luna Torres, Directora General de la Oficina General de Administración y Finanzas;

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; el Decreto Legislativo N° 1130, que crea la Superintendencia Nacional de Migraciones – MIGRACIONES; y, el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Migraciones – MIGRACIONES, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-IN;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Declarar infundada la queja por defecto de tramitación presentada por la empresa Seguridad & Digitalización S.A.C. contra la señorita Laura Mensia Luna Torres, Directora General de la Oficina General de Administración y Finanzas.

**Artículo 2°.-** Notificar la presente resolución a la servidora Laura Mensia Luna Torres, Directora General de la Oficina General de Administración y Finanzas.

**Artículo 3°.-** Notificar la presente resolución a la empresa Seguridad & Digitalización S.A.C.

**Artículo 4°.-** Encargar a la Oficina General de Tecnologías de Información, Comunicaciones y Estadística la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional de la Superintendencia Nacional de Migraciones – MIGRACIONES ([www.migraciones.gob.pe](http://www.migraciones.gob.pe)).

**Regístrese y comuníquese.**