

# En torno a la nulidad de los actos administrativos según la normativa de contrataciones del Estado. Breves apuntes en relación al procedimiento administrativo

Cristhiam León Orosco<sup>1</sup>

## 1. Introducción

Cada ordenamiento jurídico, en el marco de un Estado Constitucional y Democrático, reserva para sí un instrumento capaz de corregir la desviación de poder, de resguardar un orden constitucional, de impedir el abuso de un derecho o capaz de permitir y asegurar que los derechos de los ciudadanos se mantengan incólumes cuando se tiene al frente a la Administración Pública. La forma como se relaciona o se vincula ésta con los ciudadanos varía y ello depende de lo que en el caso en particular se persiga. Algunas de esas formas vienen a ser el acto administrativo y el Contrato Estatal. Precisamente, el canal a través del cual se sirve la Administración para decidir una situación en concreto es el procedimiento administrativo.

En efecto, el procedimiento administrativo se presenta como una institución que dista mucho de ser un plexo de formalismos y actuaciones rígidas que debe soportar el administrado a fin de obtener o defender un derecho o sencillamente a fin de que no se le afecte su situación jurídica.

---

<sup>1</sup> El autor es Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha laborado desde el año 2005 en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) así como en el Tribunal de Contrataciones del Estado, en este último se desempeñó como Asistente Legal. Actualmente, labora en el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), en la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares. Es autor de diversos artículos y *papers*, los cuales han sido publicados en revistas nacionales e internacionales. Asimismo, está cursando la Maestría en Gestión Pública, dirigida por la Escuela de Post Grado de la Universidad del Pacífico (UP). De igual modo, administra un blog cuyo eje temático es la contratación pública sostenible; la dirección es: [www.blog.pucp.edu.pe/derechopublicoymedioambiente](http://www.blog.pucp.edu.pe/derechopublicoymedioambiente). El presente trabajo de investigación, originalmente, fue publicado en el libro "Estudios sobre Nulidad Procesal". Coord. Renzo Cavanni Brain. Editorial Normas Legales. Enero 2010. Pág. 307-359.

La Ley de Contrataciones del Estado y su antecesora han develado una forma de comunicación entre la Administración Pública y el administrado que actualmente no presenta problemas si es que se la mira desde la perspectiva tradicional, es decir, a partir de una relación de poder, que por cierto, además, está imbricada por una regulación legal asistémica, profusa y cambiante.

La literatura sobre la naturaleza del procedimiento es variada y muy compleja y no pretende agotarse en este trabajo, el cual únicamente persigue analizar el procedimiento administrativo especial previsto por la Ley de Contrataciones del Estado, desde la perspectiva del acto administrativo nulo y cómo éste se manifiesta en su seno. No obstante, el estudio del procedimiento administrativo especial, tanto el proceso de selección y el procedimiento sancionador, no debe ser vista desde la perspectiva tradicional y exigua, sino desde aquella que persigue proponer una relación de interacción, comunicación y organización entre los ciudadanos y la Administración Pública, que en buena cuenta retome, también, la vigencia del debate en torno a la posición que ostenta el administrado en un estado constitucional, que no persiga únicamente aplicar una ley al caso concreto o decidir sobre una situación en particular, sino que considere que a través del procedimiento administrativo se pueden poner en vigencia valores jurídicos.

La figura de la nulidad en la Ley de Contrataciones del Estado ha encontrado su máximo desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones, y ello ha sucedido así desde que entró en vigencia la Ley 26850<sup>2</sup>, ahora derogada y el

---

<sup>2</sup> Mediante Ley N° 26850, de fecha 27 de julio de 1997, se promulgó la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la cual unificó los diversos cuerpos normativos en un solo sistema de contrataciones del Estado. Mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, se aprobó el Texto Único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de la Ley N° 26859 y mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, se aprobó el Reglamento de la Ley citada. Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM se aprobó su Reglamento. Finalmente, mediante Decreto Legislativo N° 1017, de fecha 4 de junio de 2008 se aprobó la nueva Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF de fecha 1 de enero de 2009.

Decreto Legislativo 1017, actualmente vigente, las cuales en torno a la nulidad de los actos administrativos han mantenido la misma regulación. Las causales para declarar la nulidad de éstos están contenidos en la propia normativa, si es que éstas se han configurado en un proceso de selección; mientras que las causales de nulidad del acto administrativo emitido en el marco de un procedimiento administrativo sancionador son las que se recogen en la Ley 27444, en tanto que tienen que ver con los requisitos validez que debe contener aquél al momento de su emisión.

Por ello, al momento de analizar las causales de nulidad en la normativa sobre contrataciones públicas no resulta suficiente conocer en qué consisten éstas, sino que también es importante saber cómo se han estado aplicando, motivo por el cual este trabajo recogerá algunas decisiones del Tribunal en las cuales se ha pronunciado en torno a la nulidad de los actos administrativos dictados en un proceso de selección y en un procedimiento administrativo sancionador así como sobre los actos nulos declarados de oficio.

## **2. Una primera aproximación. Sobre el procedimiento administrativo**

El procedimiento administrativo es el modo de realizar el Derecho Administrativo, el cual en nuestro tiempo se fundamenta cada vez más en la idea de comunicación y de la información. El moderno Estado ya no se sirve solo de instrumentos reguladores, sino que atiende el interés general a través de toda una variadísima gama de medios o instrumentos. Es así un Estado que informa, que coopera, hace de intermediaria, etc.<sup>3</sup>

Ahora bien, el resultado la expresión formal y técnica de lo acontecido en un procedimiento administrativo que designa los efectos del obrar de los entes públicos es el acto administrativo en el que la Administración Pública decida,

---

<sup>3</sup> Eberhard Schmidt-Assmann. "*El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el Principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la Dogmática administrativa alemana*". En: "El procedimiento administrativo en el derecho comparado", coord. Javier Barnés Vázquez, Ed. Civitas: Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, 1993 – Madrid. Págs. 317-318.

ordena o dispone. A grandes rasgos, del procedimiento administrativo, como recuerda GIANINI, se ha comenzado a hablar a finales del Siglo XIX para indicar las secuencias de los actos de la autoridad administrativa relacionados entre sí y tendentes a un único fin. El término procedimiento quería, pues, significar una serie cronológica de actos o actuaciones dirigidos a un resultado. Hoy es un hecho claro que la actividad administrativa se desenvuelve mediante procedimientos diversos, hasta el punto que la actuación a través de un procedimiento es un principio fundamental del Derecho Administrativo. La consecuencia de esta generalización de la técnica procedimental es que el acto administrativo solitario, es decir, sin procedimiento, puede considerarse una excepción. Por ello, el procedimiento administrativo constituye hoy la forma propia de la función administrativa, de la misma forma que el proceso lo es de la función judicial y el procedimiento parlamentario de la función legislativa<sup>4</sup>.

Sin embargo, actualmente, como consecuencia de las nuevas formas o técnicas de acción del Estado, se han ampliado considerablemente las competencias administrativas y su campo de acción e influencia, que obliga repensar el contenido del procedimiento administrativo, entendido éste ya no como un suceso o repertorio de actos o actuaciones que persiguen un único resultado sino como el conjunto de actuaciones que se producen en el seno de la Administración, articulados conforme a un plan, que tiene por objeto la obtención y el procesamiento de información. Constituye, así concebido, un sistema de acción (de carácter interactivo) entre la Administración y el ciudadano, o entre diversas Administraciones Públicas. Además del Derecho Administrativo, se ocupan especialmente del fenómeno del procedimiento administrativo las teorías de las decisiones, la teoría de las funciones o de los roles, elaborada en el seno de la Sociología, y la Ciencia de la Administración<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Ramón Parada. Derecho Administrativo. Décimo Tercera Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid-Barcelona, 2002. Pág. 218.

<sup>5</sup> Eberhard Schmidt-Assmann. "El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el Principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la Dogmática administrativa alemana".

A raíz de ese nuevo enfoque es que dicho autor señala que desde un punto de vista conceptual, debe distinguirse jurídicamente entre el procedimiento decisorio y el de prestación efectiva. Durante mucho tiempo se entendió por procedimiento decisorio aquél que desemboca una resolución de carácter vinculante. Tal concepción estaba presidida por un Derecho Administrativo al que solo le importaba la acción soberana o revestida de *imperium* del Estado. Por otro lado, hay otros procedimientos en los que no se desemboca en la adopción de una resolución, sino en el otorgamiento de prestaciones administrativas. A partir de esa distinción, la doctrina alemana hace alusión al procedimiento como nuevo paradigma, en la cual la dogmática sobre la materia contempla el procedimiento desde dos perspectivas: de un lado, como suceso o acontecimiento real; de otro, como idea ordinamental<sup>6</sup>.

Desde el punto de vista de su facticidad, esto es, de su aplicación práctica como hecho real, al Derecho Administrativo le importa el procedimiento en la medida en que se cuestione la correcta aplicación de las normas de procedimiento, como las relativas a la participación, a la competencia o a la publicación y notificación de los actos administrativos. Tal es el ámbito de la denominada "legalidad formal de la acción administrativa" y de la doctrina de los vicios de procedimiento que a aquella se vincula. El segundo, al Derecho Administrativo le importa el procedimiento bajo el perfil de los que podría llamarse "idea ordinamental", es decir, el procedimiento administrativo como proceso o sucesión ordenada que proporciona transparencia y racionalidad, coordinación y contacto; fines que, por su parte, encierran y desarrolla importantes valores jurídicos<sup>7</sup>.

Los estudios que se efectúen en torno al procedimiento administrativo deben reparar, considero, en el segundo aspecto, en tanto que los procedimientos administrativos comunes y especiales no se pueden circunscribir ordinariamente a un único objetivo, sino que por el contrario, responden, paralelamente a las amplias competencias administrativas, a otros fines tales como la información

---

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> Ídem.

administrativa, la coordinación y la garantía de acierto en la decisión, la seguridad jurídica individual y la consecución del consenso institucional.<sup>8</sup> Y, precisamente, la revalorización del procedimiento administrativo en el seno del Derecho Público alemán, por ejemplo, se debe entre otras razones a la distinción entre competencias administrativas y a la organización de la administración y a un cambio de mentalidad y la conciencia de la propia dignidad personal que han calado en la población, causas todas estas que ha hecho necesario un mayor crecimiento del procedimiento administrativo, en el sentido de “idea ordinamental”, como concreción del interés general<sup>9</sup>.

De ese modo, cabe precisar dos cosas: el procedimiento administrativo es la expresión del cambio habido en las relaciones entre el Estado y el Ciudadano. La necesidad de comunicación entre la Administración y los ciudadanos responde a la concepción constitucional de la posición que tiene el ciudadano en el seno del Estado. En segundo lugar, es necesario verificar un análisis sistemático y comprensivo del procedimiento administrativo no solo respecto de las formas de relación entre la Administración y el individuo, sino también en relación con la disciplina de la formación de la voluntad, en la esfera interna de la Administración. Ello se hace especialmente evidente frente a las planificaciones de nivel superior, en tanto que la organización y el procedimiento se encuentran estrechamente ligados. Los conceptos de “organización como estructura” y “organización como actividad” que ha desarrollado la ciencia administrativa se presentan realmente como diferentes estados de una misma cosa. Esta relación incita por otra parte a utilizar diversas metáforas: la resolución como punto; el procedimiento como línea, el conjunto de la organización administrativa como superficie; el procedimiento como “Administración en movimiento”; la organización como “situación” o “estado”<sup>10</sup>.

En este estado de las cosas, **se puede advertir que la caracterización de un procedimiento administrativo no solo debe tender a la mera referencia de una**

---

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> Ídem.

**concatenación de sucesos u ordenación de distintas fases o etapas destinadas a obtener una decisión de la autoridad administrativa, sino que, además, debe proporcionar transparencia y racionalidad, coordinación, organización y contacto; fines que, por su parte, encierran y desarrollan importantes valores jurídicos.**

Bajo esa perspectiva, precisa Garrido Falla, debe notarse que la legislación sobre procedimiento administrativo implica un doble intento: de un parte, racionalizar la actuación administrativa, estableciendo las reglas (instrucciones); de otra, el procedimiento constituye una garantía para los administrados. El primer objetivo, el racionalizador, es fácil de entender porque responde a elementales principios de organización administrativa. Toda gran organización pública o privada, debe tener sus propias reglas de funcionamiento si quiere actuar con eficacia. El segundo, en cambio, es el producto de una sucesiva etapa en la construcción del estado de derecho. Las consecuencias jurídicas son radicales: en adelante ya no es jurídicamente indiferente que un acto administrativo sea dictado por uno u otro órgano administrativo (principio de la competencia), o que el expediente se resuelva con audiencia o sin ella del interesado, o prescindiendo del informe de un determinado organismo técnico o jurídico. Ahora el olvido de estos trámites vicia el acto administrativo final, que, por ende, se convierte en anulable o incluso en nulo de pleno derecho<sup>11</sup>.

### **3. En torno al acto administrativo. Definición conceptual**

Una vez llegado a este punto, y puesto de relieve la noción de procedimiento administrativo, corresponde efectuar una breve reseña sobre el acto administrativo, para luego ahondar con mayor énfasis en la nulidad del acto administrativo en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo régimen prevé, precisamente, por un lado, la configuración de un procedimiento especial destinado a seleccionar la mejor oferta en un marco de competencia, así como de un régimen referido al procedimiento administrativo sancionador.

---

<sup>11</sup> Fernando Garrido Falla. "El procedimiento administrativo de 1950 a Hoy". Revista de Administración Pública. Núm. 150. Setiembre-Diciembre. 1999. Pág. 116.

En ese sentido, de manera inicial, debe indicarse que la figura del acto administrativo, que a decir de Cassagne, constituye un típico producto de la función administrativa, en sentido material, viene a constituir algo así como el eje a cuyo alrededor giran las principales instituciones del Derecho Administrativo<sup>12</sup>. Por su parte, Aurelio Guaita considera que el acto administrativo es, sin duda, el concepto capital del régimen jurídico de la Administración, es decir, del Derecho administrativo. Todas las potestades administrativas, todas las prerrogativas de la Administración, vienen a coincidir y condensarse en ésta: poder dictar actos jurídicos regulados por el Derecho público (administrativo) y dotados de un vigor especial, dato explicaría y justificaría la abrumadora literatura científica dedicada al tema en los países que más han destacado en la ciencia del Derecho Administrativo desde el siglo pasado (Alemania, Francia, Italia; puede agregarse ahora también España), como a su vez, tan ingente "producción bibliográfica" tenía que provocar una variedad casi ilimitada de conceptos, nociones, definiciones, etc., del acto administrativo, a pesar de que -como no podía dejar de ser- la mayor parte de actos lo son para casi todos los autores<sup>13</sup>.

Se sostiene que la expresión acto administrativo surgió después de la revolución francesa. Antiguamente, estos actos se llamaban actos del rey o actos del fisco. Se sostiene que el primer texto legal que empleó esta expresión es la ley francesa de 16 de agosto de 1790 por la cual se prohibía a Tribunales federales el conocimiento de operaciones de los órganos administrativos. La expresión de acto administrativo era desconocida antes de la Revolución Francesa, ya que fue entonces cuando la administración pública quedó sometida a un régimen de derecho. En el Estado de Policía la administración realizaba actos que en sentido amplio podrían llamarse administrativos pero que estaban excluidos del régimen de Derecho. Del caos indisciplinado de operaciones materiales de todas las clases que realizaba el estado policía, se va a desprender ahora la noción de acto administrativo para designar un acto jurídico de naturaleza específica que

---

<sup>12</sup> Juan Carlos Cassagne. Derecho Administrativo. Séptima Edición LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo II. Pág., 42.

<sup>13</sup> Aurelio Guaita. "El concepto de acto administrativo". En: Revista de Administración Pública Núm. 7, 1975.



viene a determinar el sentido en que la regla de derecho debe aplicarse a la actividad de la administración<sup>14</sup>.

Por su parte Cassagne sostiene que la teoría del acto administrativo tuvo su origen y desarrollo en Francia, merced a la jurisprudencia, principalmente, del Consejo de Estado y, de modo complementario, del Tribunal de conflictos, órgano este último encargado de fijar con fuerza de verdad legal el deslinde de la competencia entre los tribunales administrativos y los judiciales<sup>15</sup>. La doctrina francesa vinculó la expresión acto administrativo como materia de competencia de los jueces administrativos, es decir del contencioso administrativo y en consecuencia su apreciación no podía realizarse por los tribunales judiciales. Así, surgió la conocida distinción entre aquellos países del régimen administrativo donde funcionaban dos clases de tribunales, los judiciales y administrativos, que eran especializados en esa materia y los países sin régimen administrativo, como Inglaterra, cuyas cuestiones contenciosas eran de competencia de los tribunales judiciales<sup>16</sup>.

Actualmente, tal como sostiene Comadira, la teoría del acto administrativo está, en algún sentido, un tanto olvidada hoy por los administrativistas. No tiene, obviamente, el atractivo de otros temas que pueden considerarse de moda, sin embargo no deja de ser una cuestión de permanente actualidad en tanto el acto administrativo es uno de los modos fundamentales de expresión de la voluntad administrativa<sup>17</sup>.

Destacar la importancia del conocimiento de la teoría pretende ser, además, un estímulo para la formación integral de los jóvenes interesados por el Derecho Administrativo, quienes seducidos por los temas del momento encuentran no

---

<sup>14</sup> Manuel María Díez. Derecho Administrativo. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires-Argentina, 1974. Pág. 197.

<sup>15</sup> Juan Carlos Cassagne. Ob. Cit. Pág. 45

<sup>16</sup> Manuel María Díez. Pág. 198

<sup>17</sup> Julio. R. Comadira. Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios. Segunda Edición. Ed. LexisNevis – Abeledo-Perrot. Pág. 3.

pocas dificultades prácticas a la hora de concretar su juicio sobre el modo concreto adoptado por la Administración para expedirse<sup>18</sup>.

Para efectos de este trabajo, recogeremos, doctrinalmente, el concepto de acto administrativo de Cassagne, quien ha precisado que la noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto<sup>19</sup>. Por su parte Comadira entiende por acto administrativo, toda declaración de un órgano del estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros<sup>20</sup>.

Ello no impide agregar que, aunque responde a una realidad -polimórfica *ad infinitum*- el concepto de acto administrativo no es legal, sino fruto de la especulación y de la reflexión científica. Las normas legales trazan el régimen de los actos (permisos, subvenciones, multas, expropiaciones, nombramientos, licencias, etc.), e incluso a veces con carácter "relativamente" general pero, lógicamente, no dan un concepto abstracto y omnicomprendivo del acto administrativo<sup>21</sup>. Según Comadira, el acto administrativo es un concepto empírico fundado en la experiencia. No es un acto apriorístico que pueda inferirse de concepciones abstractas<sup>22</sup>.

#### **4. El concepto de acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley 27444**

En el ámbito nacional se ha dicho que en razón a la importancia del acto administrativo la doctrina administrativa se ha ocupado intensamente del

---

<sup>18</sup> Ídem. Pág. 4

<sup>19</sup> Juan Carlos Cassagne. Ob. Cit. Pág. 47

<sup>20</sup> Julio. R. Comadira. Ob. Cit. Pág. 4.

<sup>21</sup> Aurelio Guaita. Ob. Cit. Ant.

<sup>22</sup> Julio. R. Comadira. Ob. Cit. Pág. 198.

concepto de acto administrativo y como consecuencia de ello las divergencias entre escuelas que se pueden identificar es notable<sup>23</sup>. Sin embargo, la ley ha desarrollado un concepto de acto administrativo capaz de satisfacer toda pretensión académica al señalar que el mismo es el medio para la manifestación de una entidad en ejercicio de un potestad pública (artículo 1.1<sup>24</sup>.), cuyo objeto puede ser aquello que dicha entidad decide, declara o certifica (artículo 5.1<sup>25</sup>) con efectos jurídicos en una situación concreta.<sup>26</sup>

Como se puede apreciar con nitidez, los elementos del acto administrativo que esta ley ha establecido son 6:

- Una declaración de cualquiera de las entidades.
- Destinada a producir efectos jurídicos externos.
- Recae en derechos, intereses y obligaciones de los actos administrativos.
- Es una citación concreta.
- En el marco del derecho público.
- Puede tiene efectos individualizados o individualizables<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Aurelio Guaita. "El concepto de acto administrativo". En: ROJAS LEO, Juan Francisco. "¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo Derecho Administrativo en el Perú?" AA.VV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. ARA Editores, Lima, 2001, p. 128.

<sup>24</sup> "1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan".

<sup>25</sup> 5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.

<sup>26</sup> Juan Francisco Rojas Leo. Ob. Cit. Pág. 128.

<sup>27</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley 27444". Págs. 137-143. En: Comentarios a la Nueva Ley de Procedimientos Administrativo General – Ley 27444. Primera Edición. ARA Editores, 2003. Lima-Perú.

En cuanto a la regulación de los requisitos, tanto de forma como de fondo, la Ley ha sido prolija en incorporar expresamente los distintos elementos que es necesario tener en consideración para la formación válida de un acto administrativo (artículo 3<sup>28</sup>). La inclusión efectuada constituye la positivización de condiciones de validez como la resolución motivada, la finalidad pública y la exigencia de un procedimiento regular en la generación de un acto administrativo<sup>29</sup>. La eficacia de acto administrativo ha sido regulada de manera independiente a las condiciones para la conformación válida de un acto administrativo, lo que ya es una contribución a la correcta comprensión del fenómeno jurídico que permite la generación de actuaciones de derecho. Atendiendo a la naturaleza del acto administrativo, la eficacia de la misma se encuentra condicionada a la posibilidad que dicha manifestación encuentre su destino por la vía de la adecuada notificación a su destinatario<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

<sup>29</sup> Juan Francisco Rojas Leo. Ob. Cit. Pág. 129.

<sup>30</sup> Ídem.

En torno a la eficacia del acto administrativo, el artículo 16 de la Ley establece, en su numeral 1, lo siguiente:

En este punto, es importante destacar que la Ley de Procedimiento Administrativo General ha precisado las diferencias entre los conceptos de validez y eficacia de los actos administrativos, porque mientras la validez del acto hace referencia a su conformidad con el ordenamiento jurídico (artículo 8) el artículo 16.1 establece que la notificación es el momento a partir del cual el acto administrativo produce sus efectos. Por tanto, ambos conceptos ostentan en la referida Ley una caracterización que no necesariamente coincide con la consagrada por el Código Civil, por lo que el estudio y análisis dogmático de su régimen jurídico, así como del acto administrativo en general, debe realizarse exclusivamente desde la perspectiva de la regulación del Derecho Administrativo<sup>31</sup>.

## 5. El régimen de la nulidad en los actos administrativos

En lo que se refiere a la declaración de nulidad del acto administrativo viciado en su conformación, la Ley ha decidido mantener la tradición normativa y optar únicamente por la regulación de la figura de la nulidad, dejando de lado la posibilidad de incluir también regulación para los supuestos específicos de inexistencia, anulabilidad y validez como consecuencia de la nulidad del vicio. Establecer supuestos para cada uno de las consecuencias, jurídicas mencionadas es una tarea ardua que, en muchos casos, se ve excedida por la realidad. En efecto, resulta muy complicado establecer *a priori* los supuestos a los cuales podría atribuirse un determinado vicio en la conformación del acto administrativo y la consecuencia de su inexistencia, nulidad, anulabilidad o validez<sup>32</sup>.

---

"16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo".

<sup>31</sup> Jorge Danós Ordoñez. "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444". En: Comentarios a la Nueva Ley de Procedimientos Administrativo General – Ley 27444. Primera Edición. ARA Editores, 2003. Lima-Perú. Pág. 226.

<sup>32</sup> Beladiez Rojo, Margarita. "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y su significación". En: Revista de Administración Pública, Núm. 133. Año 1994. Ver: Juan Francisco Rojas Leo. Ob. Cit. Págs. 130-131.

Un acto administrativo inválido sería aquél en el que existe discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico y por tanto es un acto ilegal. Sin embargo, no todo acto administrativo inválido es un acto susceptible de ser declarado nulo cuando padezca de los vicios contemplados por dicho preceptos porque si se trata de un acto que padece de los vicios considerados no trascendentes o no relevantes por el artículo 14 de la Ley, entonces no procede la declaración de su nulidad, sino la posibilidad de que recobre su validez mediante la subsanación o enmienda de su ilegalidad por la propia Administración Pública. Los supuestos de conservación tienen por objetivo privilegiar la eficacia de la actuación administrativa frente a irregularidades de los actos administrativos que la Ley estima de leves<sup>33</sup>.

Por tanto, acto administrativo nulo sería aquel que padece de algunas de las causales de invalidez trascendentes o relevantes previstas por el artículo 10<sup>34</sup> de la Ley y que ha sido expresamente declarado como tal (nulo de pleno derecho dice el primer párrafo del artículo 10 de la Ley) por la autoridad administrativa o judicial competente, determinando la expulsión del acto administrativo del mundo jurídico. La nulidad de pleno derecho a que se refiere el primer párrafo del artículo 10 de la Ley requiere ser expresamente declarada por los órganos legitimados para hacerlo por tanto no opera de manera automática. En nuestro ordenamiento administrativo no es posible sostener que un acto administrativo es nulo y no surte efecto alguno por más grave que sea el vicio de que padezca, si

---

<sup>33</sup> Jorge Danós Ordoñez. Ob. Cit. Págs. 229-230.

<sup>34</sup> Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expesos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

es que no ha sido expresamente calificado como tal por la autoridad competente conforme a los procedimientos establecidos legalmente<sup>35</sup>.

## **6. La nulidad en los procesos de selección según la normativa de contrataciones del Estado**

El artículo 144 de la Ley 27444 prevé que los procedimientos administrativos se desarrollan de oficio, de modo sencillo y eficaz sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas, salvo disposición expresa en contrario de la ley en procedimientos especiales.

Precisamente, el procedimiento de selección previsto en la Ley 26850, actualmente derogada, y en la Ley 1017 "Ley de contrataciones del Estado", actualmente vigente, constituye un procedimiento especial tal como se dispone en el artículo 5 de ésta última Ley<sup>36</sup>. No obstante, a diferencia del procedimiento administrativo general, éste dispone el sometimiento a formas determinadas, etapas preclusivas así como la observancia estricta de los requisitos que deben cumplirse en cada etapa del procedimiento de selección.

Por ejemplo es requisito para convocar a proceso de selección, **bajo sanción de nulidad**, que el mismo este incluido en el Plan Anual de Contrataciones y cuente con el expediente de contratación debidamente aprobado conforme a lo que disponga el Reglamento, el mismo que incluirá la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento, así como las Bases debidamente aprobadas, salvo las excepciones establecidas en el Reglamento<sup>37</sup>. Precisamente, esta especialidad viene a profundizarse al establecerse que la elaboración de las Bases recogerá lo establecido en la presente norma y su reglamento y otras normas reglamentarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección, las que se aplicarán

---

<sup>35</sup> Jorge Danós Ordoñez. Ob. Cit. Pág. 230.

<sup>36</sup> Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1017. "El presente decreto Legislativo y su reglamento prevalecen sobre las normas de Derecho Público y sobre aquellas de derecho privado que les sean aplicables (...)"

<sup>37</sup> Artículo 12 de la Ley 1017.

obligatoriamente. Solo en caso de vacíos normativo se observarán los principios y normas de derecho público que le sean aplicables<sup>38</sup>.

Del mismo modo, la convocatoria de las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas se realizará a través de su publicación en el SEACE, oportunidad en la que se deberán publicar las Bases y un resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, **bajo sanción de nulidad**. La convocatoria a un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía se realiza a través de su publicación en el SEACE, oportunidad en la que deberá publicarse las Bases, sin perjuicio de las invitaciones que se pueda cursar a uno (1) o más proveedores, según corresponda, en atención a la oportunidad, al monto, a la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, **bajo sanción de nulidad**<sup>39</sup>.

El Comité Especial no puede continuar con la tramitación del proceso de selección si no ha cumplido con implementar adecuadamente lo dispuesto en el Pronunciamiento, **bajo sanción de nulidad** y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar<sup>40</sup>.

Una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Esta restricción no afecta la competencia del Tribunal para **declarar la nulidad del proceso** por deficiencias en las Bases<sup>41</sup>.

Si no se cumple con publicar las Bases Integradas a través del SEACE, el Comité Especial no puede continuar con la tramitación del proceso de selección, **bajo sanción de nulidad** y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar. Las Bases Integradas que se publiquen en el SEACE incorporarán

---

<sup>38</sup> Artículo 29 de la Ley 1017.

<sup>39</sup> Artículo 51 del Reglamento de la Ley 1017.

<sup>40</sup> Artículo 58 del Reglamento de la Ley 1017.

<sup>41</sup> Artículo 59 del Reglamento de la Ley 1017.



obligatoriamente las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones y/o Pronunciamiento. La publicación de las Bases Integradas es obligatoria, aun cuando no se hubieran presentado consultas y observaciones<sup>42</sup>.

Cualquiera que sea el tipo de proceso de selección, la convocatoria será efectuada a través de su publicación en el SEACE, oportunidad en la que deberá publicarse las Bases y, cuando corresponda, un resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, **bajo sanción de nulidad** de todos los actos desarrollados con posterioridad<sup>43</sup>.

Los procesos electrónicos se llevarán a cabo y difundirán, íntegramente, a través del SEACE, la convocatoria, contendrá obligatoriamente las Bases **bajo sanción de nulidad**<sup>44</sup>.

Del mismo modo, el Decreto Legislativo N° 1017, en su artículo 56 también ha previsto que el *“Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección. El Titular de la Entidad declarará de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación (...)”*. Semejante regulación ha sido establecida en el artículo 57 de la Ley 26850, actualmente derogada<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Artículo 60 del Reglamento de la Ley 1017.

<sup>43</sup> Artículo 92 del Reglamento de la Ley 1017.

<sup>44</sup> Artículo 292 del Reglamento de la Ley 1017.

<sup>45</sup> Artículo 57 del Reglamento de la Ley 1017. *“El Tribunal en los casos que conozca declarará nulos los actos administrativos expedidos por las Entidades, cuando hallan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico, o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso. El Titular*

Las cuatro causales, que son generales -y es bueno que así sea porque deja a la Administración Pública, y en su caso al Tribunal, la posibilidad de realizar una labor interpretativa a fin de determinar en qué casos debe declararse nulo un acto administrativo-, permiten reordenar el proceso a fin de tutelar o proteger los intereses de la Administración Pública y de los administrados así como el orden establecido por el referido cuerpo normativo.

El Tribunal debe determinar en el caso concreto si, por ejemplo, un acto administrativo emitido en el marco de un proceso de selección ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable. Dicha labor no es sencilla, dado que deberá determinarse, de manera previa a la declaración de nulidad, el contenido del precepto "norma esencial" y qué se entiende por ello y si su vulneración afecta o no la continuación del proceso de tal modo que acarrea la nulidad del acto emitido o de ser el caso la conservación de éste, en tanto que vicio detectado no es trascendental o grave.

## **7. Jurisprudencia del Tribunal en torno a los actos declarados nulos**

Como señala Boquer, "el ordenamiento jurídico reacciona contra los actos administrativos que lo infringen. La intensidad de reacción del ordenamiento contra los actos administrativos ilegales depende de la gravedad de la infracción por esta cometida"<sup>46</sup>

La intensidad de la infracción y su determinación en el marco de un proceso de selección ha originado que la figura de la nulidad en algunos casos genere

---

*de la Entidad podrá declarar de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio de que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre los recursos impugnativos".*

<sup>46</sup> Boquer Oliver, José María "Grado de ilegalidad de acto administrativo". Revista de Administración Pública, Núm. 100-102. 1983. En: "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444", Jorge Danós Ordoñez. Pág. 229.

controversias al momento de su aplicación. La literatura de los casos es variopinta y obliga a la Administración Pública a construir un derrotero claro en torno a esa figura. No obstante, en la práctica ello no es tan fácil en tanto que la declaración de un acto nulo o su posible conservación no responde únicamente a un interés, como salvaguardar la legalidad, sino que en otros casos está presente el interés de los participantes, de los postores o contratistas y también el interés general.

A fin de conocer cómo ha estado aplicándose las causales de nulidad previstas en los procesos de selección en la Ley 26850 y el Decreto Legislativo 1017, las cuales en estricto no han variado, es preciso analizar y conocer el derrotero del Tribunal en esa materia. En éste se podrá observar que el acto administrativo declarado nulo en el marco de un proceso de selección no solo busca proteger el orden que la norma de contrataciones ha instaurado sino que impide la afectación arbitraria, ilegal e irracional de los derechos de los administrados.

### **7.1. Formulación válida del valor mínimo y máximo del valor referencial<sup>47</sup>**

La materia controvertida consistió en determinar si las Bases consignaron de manera correcta el valor mínimo (70%) del valor referencial, de acuerdo al Reglamento de la Ley 26850. El proceso convocado tuvo un valor referencial de S/. 35, 298.69. Las Bases indicaron que el límite mínimo (70%) del valor referencial era S/. 24,709.08. No obstante, al efectuarse el cálculo matemático para determinar el monto mínimo ofertable, es decir el setenta por cien (70%) del valor referencial, se obtuvo como resultado un monto ascendente a S/. 24,709.083, monto que, después del redondeo resulta ser S/. 24 709.09; advirtiéndose entonces que la Entidad estableció un monto menor al límite mínimo real del valor referencial, al haber consignado un monto mínimo ofertable de S/. 24 709.08. Al proceder al redondeo la Entidad debió haber fijado una suma igual o mayor al setenta por cien (70%) del valor referencial, pero en ningún caso por

---

<sup>46</sup> Boquer Oliver, José María "Grado de ilegalidad de acto administrativo". Ob. Cit. Págs. 229-230.

<sup>47</sup> Resolución N° 2016-2007-TC-S1 de fecha 23 de noviembre de 2007.

debajo de él<sup>48</sup>. Además, se señaló que era legalmente imposible que la Entidad suscriba un contrato por un monto inferior al setenta por cien (70%) del valor referencial debido a que así lo ha prohibido la norma de la materia<sup>49</sup>.

Asimismo, se recalcó que ello indujo a error, tanto a los postores participantes como a los miembros del Comité Especial, al momento de formular las propuestas económicas y de someterlas a evaluación y calificación, respectivamente, toda vez que la mínima suma debió haber sido S/. 24,709.09, conforme lo permitido por el artículo 33 de la Ley citada; por lo que el monto fijado en las Bases equivalente al 69.9999948...% del valor referencial, en ningún caso puede ser tenido por válido a la luz de la disposición legal antes citada, ya que se trata de una norma de carácter imperativo.

Finalmente, el Tribunal indicó que la Entidad había incurrido en un vicio de nulidad relativo a la contravención del artículo 33 de la Ley, a que se contrae el artículo 57 de la Ley 26850; por lo que dicho proceso devenía en nulo, ordenando, además, que se retrotraiga a la etapa de convocatoria, previa reformulación y aprobación de las Bases, corrigiéndose los errores detectados. Finalmente, en dicha resolución se indicó que el vicio incurrido por la Entidad no resultaba

---

<sup>48</sup> Conforme a lo señalado en diversos Pronunciamientos del CONSUCODE, como por ejemplo los Pronunciamientos N° 200-2007/DOP, 215-2007/DOP y 227-2007/DOP, en caso que la determinación de los límites mínimo y máximo resulten con más de dos (2) decimales, estos deberán ser redondeados, en el caso del límite mínimo hacia el segundo decimal inmediato superior, y en el caso del límite máximo sólo hasta el segundo decimal, sin efectuar redondeo alguno.

<sup>49</sup> En la norma vigente se establece claramente lo siguiente: "De conformidad con el artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1017, las Bases deberán consignar, en el caso de los procesos para la ejecución de obras, el monto máximo admisible de la propuesta económica, el cual será el ciento diez por ciento (110%) del valor referencial; y para el caso de los procesos de ejecución y consultoría de obras, el monto mínimo admisible, el cual será el noventa por ciento (90%) del valor referencial.

Para tal efecto, los límites del valor referencial se calcularán considerando dos (2) decimales. Para ello, si el límite inferior del valor referencial tiene más de dos (2) decimales, se aumentará en un dígito el valor del segundo decimal. En el caso del límite superior del valor referencial, se consignará el valor del segundo decimal, sin efectuar redondeo".

conservable, por cuanto existía una evidente trasgresión a la normativa de la materia.

## **7.2. Motivación del acto administrativo emitido por la Administración Pública<sup>50</sup>**

Una Entidad, en la etapa de evaluación y calificación de propuestas, mediante Resolución declaró la nulidad de un proceso de selección según relación de ítems, en base a 3 razones:

- i) No se puede precisar la calidad de los bienes que son objeto de adquisición.
- ii) Se establecen características técnicas generales que dan lugar a la presentación de propuestas ambiguas.
- iii) En relación al componente video, se establece video 64 MB (expandible hasta 256 MB, integrado en la placa), no existiendo certeza, si es que existen mainboards de tal capacidad.

El Tribunal, luego de la investigación y análisis correspondiente, indicó que la Entidad no había demostrado a qué se refería cuando señaló que no se podía precisar la calidad de los bienes, pues no había precisado o especificado sobre la base de qué aspecto de los bienes requeridos en las Bases se hizo el análisis de calidad. Además, no indicó cuales eran los requisitos que no podían ser evaluados en su aspecto cualitativo, lo cual conllevaba a que la simple enunciación de un incumplimiento o una falta de precisión no implicaba que ello sea efectivamente así, pues se necesitaba adjuntar el sustento técnico, a fin de que la decisión de las entidades no se sujeten a la simple opinión o apreciación subjetiva, sino que se aporten las pruebas que sustenten dicha afirmación. Finalmente, señaló que no se había explicado sobre la base de qué características la Entidad llegó a la conclusión de que las Bases eran ambiguas,

---

<sup>50</sup> Resolución N° 168-2008-TC-S1 de fecha 18 de enero de 2008.

pues no se había indicado sobre qué aspectos de las Bases se han presentado ambigüedades.

En relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas, el Tribunal recogió la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00294-2005-PA/TC, según la cual era un derecho de *"(...) especial relevancia y, a su vez, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado de que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. La motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de inmunidad en ese ámbito. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, el Tribunal Constitucional enfatizó que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es, por sí sola, contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo"*.

Por otro lado, el Tribunal indicó que la Entidad había manifestado que en relación al componente video, las Bases establecieron un video 64 MB (expandible hasta 256 MB, integrado en la placa); sin embargo, no existía certeza de que existan mainboards de tal capacidad. Al respecto, el postor que se vio afectado con dicha decisión de la Entidad, de declarar nulo el proceso de selección, manifestó que según el cuadro de Especificaciones Técnicas de su propuesta técnica, su empresa acreditó el cumplimiento de lo solicitado: "**Video 64 MB (expandible**

*hasta 256 MB, integrado en la placa)*". No obstante, la Entidad manifestó que no existía certeza que existan mainboards de tal capacidad.

En dicha Resolución el Tribunal precisó que las entidades no pueden ajustar sus decisiones en la mera creencia de que no existe certeza de un hecho, pues ello más bien supondría un acto arbitrario e ilegal. En dicho caso, la Entidad, en base a una falta de certeza, declaró nulo el proceso de selección respecto del ítem N° 16, circunstancia que invalida su decisión toda vez que no contiene la fundamentación suficiente, tal como lo señala el artículo 3, numeral 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, según el cual el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Precisamente, la sanción que franquea el ordenamiento frente a la emisión de actos administrativos que vulneran los requisitos señalados en el artículo 3 de la Ley indicada es la nulidad, de conformidad con el artículo 10 de dicho cuerpo normativo. Este artículo establece que *"El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14"*, constituye causal de nulidad del acto administrativo.

Cabe acotar que la Constitución establece que *"la motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional. El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. (...) Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa."*<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Expediente N° 0091-2005-PA/TC

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 22 de enero de enero de 2001, publicada el 9 de setiembre de 2001, recaída en el Expediente N° 319-2000 - AA/TC, ha establecido que: "*Motivar una decisión, no es expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino fundamentalmente, expresar las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada*". En este orden de ideas, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso, derecho de rango constitucional que implica obtener una decisión basada en los principios de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones. En consecuencia, la mencionada Resolución adolecía de una debida motivación, toda vez que no se había logrado sustentar de manera técnica cuales eran los vacíos encontrados en las especificaciones técnicas, las mismas que no debían ser enunciados sino que debían ser respaldados mediante un sustento adecuado a fin de no vulnerar los derechos del administrado en el marco de un proceso de selección.

En base a ello, el Tribunal declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por el impugnante y, por su efecto, nula la Resolución que declaró de oficio la nulidad del proceso de selección, por lo que la Entidad debía reprogramar el calendario y calificar las propuestas de los postores participantes, de acuerdo a lo establecido en las Bases Integradas.

### **7.3. Las Bases adolecen de vicio que acarrea la nulidad del presente proceso de selección<sup>52</sup>**

El Tribunal se pronunció sobre un proceso cuyas Bases Administrativas eran incongruentes respecto de los documentos que los postores podrían presentar para acreditar su experiencia, puesto que por un lado se señalaba que se evaluaría la presentación de documentos que acrediten prestaciones relacionadas con el objeto de la convocatoria, esto es, prestaciones referidas al

---

<sup>52</sup> Resolución N° 3077-2008-TC-S1



destaque de personal de enfermería, técnicos asistenciales, etc. Y, por otro, se indicaba que la experiencia empresarial se acreditaría con servicios de intermediación laboral en general. En ese último supuesto, sería válido la presentación de contratos que acrediten la ejecución de servicios como son los de mantenimiento, limpieza, seguridad y vigilancia, lavado de ropa hospitalaria, etc. El Tribunal, al respecto, indicó que dicho factor de evaluación contravenía abiertamente la normativa vigente, que señalaba que los criterios de evaluación de propuestas deben ser congruentes con el objeto de la convocatoria y debían ser expresados en forma clara de modo tal que los postores puedan obtener información cierta que les permita elaborar sus propuestas en función a lo solicitado.

Sin embargo, el Tribunal indicó, respecto del factor de evaluación "*Experiencia del Postor*" se habían incorporado criterios diferentes de modo tal que serían admisibles a evaluación tanto los contratos que acreditaban prestaciones relacionadas al objeto de la convocatoria y contratos en los que se comprobaba la ejecución de servicios de intermediación en general. Esa contradicción generó que el impugnante presentara en su oferta contratos referidos a prestaciones relacionadas con el objeto de la convocatoria y el postor adjudicatario haya sustentado parte de su experiencia con contratos que acreditan la prestación de servicios de intermediación en general, como es el servicio de lavado de ropa hospitalaria.

El Tribunal indicó que como había señalado en reiteradas oportunidades, el Comité Especial al elaborar las Bases debía promover un proceso transparente con reglas de participación clara para todos los postores. Ello debía ser así, a fin de que la voluntad de la Entidad se manifieste de manera clara, expresando con ello, una comprensión cabal de los requerimientos y la documentación que sería objeto de evaluación. En dicho caso, ello no había sido así, es decir, las reglas del procedimiento no habían quedado claras, afectándose principios de Libre Competencia, Transparencia, y Trato justo e igualitario, al incluir criterios de evaluación dispares respecto de un mismo factor de evaluación, lo cual no permitía otorgar puntaje a los postores.

Por lo tanto, concluyó que al haberse acreditado las deficiencias de las Bases en lo que respecta las reglas claras a las cuales deberían someterse los postores en el presente procedimiento, la respuesta que ofrecía la normativa a las autoridades administrativas era la posibilidad de que corrijan sus errores u omisiones, previa declaración de nulidad del acto viciado por parte de este Colegiado, tal como establece el artículo 57 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual prevé que el Tribunal declarará nulo los actos administrativos que prescindan de las normas esenciales del procedimiento, que en el caso analizado ha sido su elaboración defectuosa e imprecisa, lo cual ha conllevado a que las reglas del proceso no fueran claras y definitivas.

Asimismo, advirtió que, según reiterados pronunciamientos de este Tribunal, la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad que pudiera enturbiar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de la materia, a efectos de que la contratación que realice se encuentre arreglada a ley y no al margen de ella, circunstancia que resulta aplicable al presente caso en tanto las Bases no habían superado el examen de legalidad formulado por el Tribunal, debido a la incongruencia descrita en los numerales precedentes de la Fundamentación.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 26850 y el numeral 4 del artículo 163 de su Reglamento, el Tribunal declaró la nulidad del proceso objeto de impugnación y dispuso que se deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro y se retrotraiga dicho proceso a la etapa de Convocatoria, a fin que la Entidad reformule las Bases Administrativas, conforme a la normativa vigente.

#### **7.4. Prohibición de subsanar requerimientos técnicos mínimos en la propuesta técnica<sup>53</sup>.**

---

<sup>53</sup> Resolución N° 1793-2009-TC-T2.

El Tribunal se pronunció sobre un caso en el que la Entidad notificó a ambos postores a fin de que subsanen la falta de presentación de documentación en sus propuestas técnicas, documentos que de la verificación a las Bases de los referidos ítems, constituyen requerimientos técnicos mínimos, los cuales dada su naturaleza no eran susceptibles de subsanación, toda vez que la falta de alguno de ellos implicaba la descalificación automática de las propuestas; en consecuencia, la notificación de la subsanación efectuada por el Comité Especial no está referida a defectos de forma, accidentales o accesorios, sino que por el contrario, obedece a la presentación de requerimientos técnicos mínimos, contraviniéndose flagrantemente el artículo 125 del Reglamento de la Ley 26850.

Además, el Tribunal indicó que el hecho de que ambos postores hayan remitido documentación con información faltante o que permitan aclarar información obrante en la propuesta a raíz de la subsanación, constituiría una forma de presentación de documentación de manera extemporánea, la cual, además, modificó el alcance de ambas propuestas técnicas. El Tribunal, precisó que, según el artículo 125 del Reglamento, sólo serán subsanables aquellos defectos de forma tales como omisiones o errores subsanables en los documentos presentados que no modifiquen el alcance de la propuesta técnica.

En atención a lo expuesto, el Tribunal señaló que la Entidad había incurrido en un vicio de nulidad relativo a la contravención del artículo 125 del Reglamento, a que se contrae el artículo 57 de La Ley 26850; por lo que el otorgamiento de la buena pro devenía en nula, debiendo retrotraerse el proceso de selección a la etapa de evaluación de propuestas.

## **7.5. Nulidad de oficio de una Resolución del Tribunal<sup>54</sup>**

---

<sup>54</sup> Resolución N° 016-2009-TC-S1, de fecha 7 de enero de 2009, que declaró nula la Resolución N° 3584-2008.TC-S1.

De la revisión de la Resolución N° 3584-2008.TC-S1 se observa que el Colegiado omitió considerar uno de los cuestionamientos formulados por una empresa en su escrito presentado. Precisamente, el argumento ampliatorio respecto de dicho cuestionamiento contenido en su escrito referido consistió en indicar que la empresa que había ocupado el primer lugar no había acreditado el cumplimiento de las Buenas Prácticas de Manufactura, dado que lo único que había presentado para acreditar dicha exigencia fue un documento de garantía de calidad, motivo por el cual su propuesta debió haber sido descalificada.

En ese sentido, el Colegiado, previamente, analizó si se encontraba facultada por la normativa vigente para declarar la nulidad de su propia Resolución emitida, indicando que la administración pública tiene la facultad de revisar sus propios actos, en virtud del control administrativo; no obstante, dicha facultad se encontraba sustentada en el principio de autotutela de la administración, por cual, ésta puede dejar sin efecto sus propias actuaciones, básicamente cuando dichos actos resultan alterados por vicio alguno de legalidad, y consecuentemente vulnera el ordenamiento jurídico, atentando derechos susceptibles de ser individualizados (derechos subjetivos de los administrados).

Al respecto, el Tribunal señaló que la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 de junio 2008, establece en su artículo 202.5 que *“Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.”* De acuerdo a artículo antes citado, los actos emitidos por consejos y tribunales pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa

por el propio consejo o tribunal que emitió el acto administrativo, con el acuerdo unánime de sus miembros, por ende, el Tribunal concluyó que tenía la potestad de declarar la nulidad de sus actos administrativos emitidos.

Del mismo modo, agregó que de acuerdo al numeral 4 del artículo 3 de la Ley N° 27444, es requisito de validez de los actos administrativos, entre otros, la motivación, según el cual, el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporcional al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Además, el artículo 6.1 de dicho cuerpo normativo precisa que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 27444 establece que son vicios del acto administrativo, que causan la nulidad de pleno derecho, los siguientes:

*“1.*

*2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14”*

*(...)” (Sic)*

En efecto, en la Resolución N° 3584/2008.TC-S1 el Colegiado omitió pronunciarse sobre el cuestionamiento formulado por la empresa impugnante en su escrito ampliatorio, cuyo objetivo no era sino descalificar la propuesta de la empresa que obtuvo el primer lugar. Precisamente, el cuestionamiento contenido en dicho escrito fue que ésta presentó un certificado de garantía de calidad y no así el documento que acreditaba el *cumplimiento de las Buenas Prácticas de Manufactura*.

Por esas razones, el Tribunal concluyó que resultaba evidente que la empresa que ocupó el primer lugar no había cumplido con presentar la documentación considerada obligatoria por las Bases, por cuyo motivo correspondía descalificarla del presente proceso de selección y, por tal efecto, amparar en

este extremo el cuestionamiento formulado por la empresa impugnante mediante un escrito ampliatorio en el referido procedimiento administrativo impugnativo, por lo que descalificó la propuesta de la empresa que ocupó el primer lugar .

En el mismo sentido, indicó que, de la lectura de la propuesta técnica de la empresa que ocupó el segundo lugar se advertía que dicho postor ofertó un producto, para cuyo efecto presentó el Certificado en el cual se indicaba que la empresa fabricante ha establecido y estaba manteniendo en su sistema de calidad los requerimientos de la lista estandarizada. No obstante, de la revisión de la literatura y de los pronunciamientos de las entidades competentes se acreditó que el referido certificado no acreditaba el cumplimiento de las Buenas Prácticas de Manufactura, por cuanto son documentos de garantía de calidad de los productos que allí se detallan. Por tal motivo, el cuestionamiento de la empresa impugnante también debía ser amparado en este extremo, por lo que la propuesta de la empresa que ocupó el segundo lugar debía ser descalificada, y, por tal efecto, amparó en este extremo el cuestionamiento formulado mediante su escrito ampliatorio del recurso de apelación interpuesto.

Por los considerandos expuestos y al amparo de lo establecido en el artículo 202.5 de la Ley N.º 27444, dicho Colegiado declaró la nulidad de la Resolución N° 3584/2008.TC-S1, en el extremo expuesto en los considerandos 32 y 33 de la Fundamentación de dicha Resolución así como de los numerales 4 y 5 de la parte Resolutiva, dado que omitió pronunciarse, en el recurso interpuesto, respecto de un argumento contenido en el escrito ampliatorio del referido recurso interpuesto, el cual fue propuesto en el procedimiento administrativo impugnativo realizado por parte de la empresa impugnante con el objeto de que se descalifique la propuesta de la empresa que ocupó el primer lugar; omisión que constituye una causal de nulidad de acuerdo al numeral 2 del artículo 10 de la Ley citada, según el cual son vicios del acto administrativo que causan la nulidad del acto administrativo el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, por lo que no correspondía aplicar la conservación del acto previsto en el artículo 14 de dicho cuerpo normativo, dado que la omisión analizada alteraba el

contenido de la decisión final, tal como se verifica en el análisis de las dos materias controvertidas analizadas.

Como resultado de la nulidad declarada y al haberse verificado que efectivamente las empresas que ocuparon el primer y segundo lugar, respectivamente, habían sido descalificadas por no haber presentado el Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura, de conformidad con lo expuesto en el numeral 2.8.1 de las Bases Integradas, el Tribunal elaboró un nuevo cuadro de evaluación y calificación de propuestas, descalificando a las dos empresas citadas y otorgando el primer lugar a la empresa impugnante.

#### **7.6. Nulidad de Resolución que declara la nulidad de oficio de un proceso de selección, según el Decreto Legislativo N° 1017.<sup>55</sup>**

Fue materia de análisis el recurso de apelación planteado por la empresa A contra la Resolución 1 que declaró la nulidad de oficio del ítem N° 2 de un proceso de selección.

La materia controvertida consistía en determinar si la Resolución 1, que declaró la nulidad del proceso de selección respecto del ítem 2 constituye un acto administrativo válido. Se cuestionaba que la Resolución emitida carecía de la debida motivación y no se había establecido expresamente la causal por la cual el Titular de la Entidad declaró la nulidad del proceso, limitándose a indicar que las Bases no se encontraban arregladas a la normatividad vigente, es decir, el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-208-EF. Asimismo, se mencionó que la Resolución impugnada declaró la nulidad del referido proceso de selección, específicamente respecto del ítem 2, sin que pueda identificarse la causal específica de la nulidad de oficio de éste.

El artículo 10 de La Ley N° 27444 prescribe que será una causal de nulidad el defecto u omisión de los elementos de validez del acto administrativo, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el

---

<sup>55</sup> Resolución N° 1429-2009.TC-S2 de fecha 2 de junio de 2009

artículo 14 de la referida norma<sup>56</sup>. En ese sentido, corresponde determinar si el vicio detectado resulta trascendente para efectos de constituir causal de nulidad del acto, o si por el contrario, puede ser objeto de conservación, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa correspondiente a la Entidad.

Al respecto, el numeral 14.1 del artículo 14 de la Ley N° 27444, establece que cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora". Ahora bien, el numeral 14.2.2 del artículo en mención señala literalmente que la motivación insuficiente o parcial será considerada como un vicio no trascendente.

En el caso concreto, se podía apreciar que el objeto de la Resolución era la declaración de nulidad de oficio del proceso de selección; no obstante ello, no podía advertirse la existencia de una relación de hechos y fundamentos de derecho que permitan establecer con claridad las causas que motivaron la declaración de nulidad en cuestión o que se encuentren directamente vinculados a ésta. Por lo tanto, en el presente caso no había existido una motivación expresa por parte del Titular de La Entidad, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y las razones jurídicas y normativas que justifiquen dicho acto adoptado.

En ese sentido, la Resolución contenía una motivación insuficiente o parcial que resultaba ser un vicio trascendente, correspondiendo declarar su nulidad en el Tribunal, al no ser dicho acto conservable, por lo que se amparó la solicitud del Impugnante. Sin perjuicio de ello, el Tribunal revisó de oficio las Bases Administrativas, contando para ello con el Informe Legal de la Entidad, que indicó que el proceso de selección no se encontraba arreglado a la normatividad vigente, el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento. En ese sentido, de la revisión de las Bases se advirtió que en el Capítulo V – Factores de

---

<sup>56</sup> "Artículo 10.- Causales de nulidad

*Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

*(...) 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14."*



Evaluación, se consideró como criterios de evaluación aquellos que en estricto deben ser cumplidos por los postores a fin de que sus propuestas sean evaluadas y por ende admitidas

Del mismo modo, en el literal c) de dicho Capítulo, se aprecia lo siguiente: los rangos establecidos a fin de otorgar puntaje en el factor Experiencia de la Empresa no fueron determinados debidamente, faltando precisar en el rango el término "*Mayor o igual*" y no se habían señalado los límites entre uno y otro rango, lo que podría generar confusión entre los postores; es así que si el monto facturado para acreditar experiencia hubiese sido igual a dos veces el valor referencial no se hubiese precisado el puntaje que le correspondería otorgar al postor, es decir, si se le califica con tres (03) puntos o con siete (07) puntos.

Finalmente, en el factor Antigüedad de la empresa postora, el Tribunal indicó que dicho factor incidía en calificar la cantidad de años que la empresa se encuentra en el mercado operando, a fin de evaluar consecuentemente la experiencia del postor, lo cual era materia de evaluación a través del factor Experiencia de la Empresa. En adición a ello, el Tribunal precisó que en el acápite "Contenido de las Propuestas – Documentación de presentación facultativa", las Bases condicionaban la documentación que serviría para acreditar la experiencia del postor al haber considerado únicamente a aquellos que fueran celebrados con entidades públicas; sin embargo, no se había tenido presente el Principio de Libre Competencia, regulado en el artículo 4 de La Ley, el cual señala que en los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores. De igual modo, las Bases hacen mención a las propuestas económicas de los postores que superen o sean inferiores al valor referencial, lo que contravenía el artículo 33 de La Ley, toda vez que no se debía tener en cuenta un límite inferior en la propuesta económica, así como aquellas que excedan el valor referencial, salvo que se trate de la ejecución de obras, en cuyo caso serían devueltas las propuestas que excedan el valor referencial en más del diez por ciento (10%) del mismo.

Por tales motivos, y en virtud de lo señalado en el artículo 56 de la Ley, el Tribunal declaró la nulidad de oficio del proceso de selección; y ordeno que éste se retrotraiga hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación de las Bases.

### **7.7. Nulidad de un proceso de selección por ítems, según el Decreto Legislativo N° 1017.<sup>57</sup>**

El asunto trataba del recurso de apelación interpuesto por la empresa impugnante contra el otorgamiento de la buena pro del ítem N° 8 de un proceso de selección, en le cual solicitó, además, la descalificación del postor ganador por haber incumplido los requerimientos técnicos mínimos. El Tribunal previamente a la evaluación del asunto controvertido, analizó la legalidad de las Bases, respecto al acto de integración de las mismas y que ha sido materia de cuestionamiento por uno de los Impugnantes, de conformidad con la facultad conferida por el artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley.

Como marco referencial, indicó que debía tenerse presente que el artículo 54 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Reglamento, establece que a través de las consultas, los participantes podrán solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases o plantear solicitudes respecto de ellas. Asimismo, según el referido artículo el Comité Especial absolverá las consultas debidamente fundamentado y sustentada, el que deberá contener la identificación de cada participante, que las formuló, las consultas presentadas y la respuesta para cada una de ellas y que cada respuesta se considera como parte integrante de las Bases y del contrato.

Por otra parte, el artículo 57 del Reglamento, indica que mediante escrito debidamente fundamentado, los participantes podrán formular observaciones a las Bases, las que deberán versar sobre el incumplimiento de las condiciones mínimas a que se refiere el artículo 26 de la Ley, de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o

---

<sup>57</sup> Resolución N° 2248-2009.TC-S2 de fecha 20 de octubre de 2009

conexas que tengan relación con el proceso de selección, siendo el Comité Especial quien deberá absolverlas de manera fundamentada y sustentada, sea que las acoja, las acoja parcialmente o no las acoja, mediante un pliego absolutorio que deberá contener la identificación de cada observante y la respuesta del Comité Especial para cada observación presentada.

De la revisión del Pliego de Absolución de Observaciones de las Bases Administrativas Originales, publicada en el Sistema Electrónico de Adquisiciones del Estado –SEACE el 30 de julio de 2009, el Tribunal apreció que el postor ganador efectuó observaciones a dos de las especificaciones técnicas mínimas detalladas en el párrafo anterior, referido a la “Medición y alarma de presión arterial de -300 a +400 mmHg” y “Medición y alarma de presión venosa -200 a +400 mmHg”. En torno a ello, el Comité Especial absolvió las observaciones efectuadas por postor ganador, señalando al respecto de la observación N° 01, lo siguiente: *“Se acoge la Observación. El Comité Especial con el afán de fomentar la mayor participación de los postores modificará la característica técnica a: Medición y alarma de presión arterial de -300 a +200 mmHg o más. Cabe destacar, que dicha característica técnica es cumplida por más de 2 empresas en el mercado local”*.

Asimismo, con relación a la Observación N° 02, la respuesta fue la siguiente: *“Se acoge la Observación. El Comité Especial con el afán de fomentar la mayor participación de los postores modificará la característica técnica a: Medición y alarma de presión venosa -50 o menos a +300 mmHg o más. Cabe destacar, que dicha característica técnica es cumplida por más de 2 empresas en el mercado local”*.

No obstante lo señalado, de la revisión de las Especificaciones Técnicas del ítem N° 08 de las Bases Integradas se aprecia que el Comité Especial modificó los requerimientos técnicos mínimos en cuestión, sin considerar los nuevos rangos contenidos en el Pliego de Absolución de Observaciones. En ese sentido, se desprende que el Comité Especial consignó datos errados en el caso de la característica “Medición y alarma de presión arterial de -300 a +400 mmHg” pues debiera ser de “-300 a +200 mmHg a más” y respecto de la característica

“Medición y alarma de presión venosa -200 a +400 mmHg” no hizo modificación alguna pese a que se consideró aceptada la observación efectuada.

De acuerdo al artículo 59 del Reglamento, una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Esta restricción no afecta la competencia del Tribunal para declarar la nulidad del proceso por deficiencias de las Bases y en el caso, que se hubieren presentado observaciones a las Bases, por lo que corresponde al Comité Especial, bajo responsabilidad, integrar las Bases conforme a lo dispuesto en el Pliego de absolución de y observaciones.

Al respecto, el Tribunal señaló que las Bases no fueron integradas correctamente, debiendo tenerse en cuenta el artículo 45 del Reglamento, referido a la imposibilidad de que el Comité Especial modifique las características técnicas contenidas en las Bases debido a que sólo puede consultar o proponer modificaciones a dichas características previa coordinación con el área usuaria. En torno a esto último, el Tribunal precisó que la información contenida en las Bases Integradas con relación a los requerimientos técnicos mínimos materia de cuestionamiento, vulneraba el Principio de Libre Concurrencia y Competencia, que inspira nuestro régimen de contratación pública, así como el Principio de Transparencia, dado que la accesibilidad de las Bases integradas a través de su publicidad en el portal del SEACE mostraba información discordante e incierta, ocasionando con ello inseguridad jurídica, por lo que se habría incurrido en un vicio que acarrearía la nulidad del referido ítem.

Del mismo modo, indicó que el Tribunal en los casos que conozca, declarará nulos los actos administrativos expedidos por las Entidades, siempre que dichos actos se encuadren en las causales de nulidad descritas en el artículo 56 de la Ley, dentro de las cuales se encuentra aquellos actos que prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable. Atendiendo dicha causal, se puede establecer que el acto de la

integración de las Bases se ha efectuado prescindiendo de la forma prescrita por la normativa de contratación estatal.

Finalmente, el Tribunal concluyó que para efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo la casual que la origine debía implicar una afectación al procedimiento de selección, de tal manera que el acto afectado con dicho vicio no sea susceptible de conservación. En el caso en concreto, el hecho de que el Comité Especial absolviera la observación del postor ganador y no la integrase adecuadamente a las Bases, motivó la presente controversia, hecho que no resultaba ser un acto conservable, ello en la medida que la Entidad debía velar porque el proceso de selección se efectúe de acuerdo a las normas de contrataciones. En consecuencia, de conformidad con el artículo 56 de la Ley y el numeral 4) del artículo 119 del Reglamento, declaró la nulidad del proceso de selección respecto del ítem N° 08, por lo que debía dejarse sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro de dicho ítem y retrotraerse a la etapa de Integración de las Bases, a fin que el Comité Especial coordine la absolución de las consultas y observaciones y se integren a las Bases conforme a la normativa vigente.

#### **7.8. Nulidad de un proceso de selección por ítems por la aplicación errónea de la normativa de contrataciones, según el Decreto Legislativo N° 1017.<sup>58</sup>**

Una empresa interpuso recurso de apelación contra la descalificación de su propuesta y el otorgamiento de la buena pro del ítem N° 03 de Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial. De manera previa al análisis de la materia controvertida, el Tribunal analizó la legalidad de la convocatoria del ítem citado (signado en la Primera Convocatoria como el ítem N° 312); de conformidad con la facultad conferida por el artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley.

Como cuestión preliminar, el Tribunal indicó que el ítem, materia de cuestionamiento, fue convocado en una primera oportunidad el 31 de diciembre de 2008 a través de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial– Primera Convocatoria, siendo la norma aplicable en aquel momento, del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, así como el Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Presencial.

Asimismo, indicó que con fecha 03 de febrero de 2009, a través de una Resolución, la Entidad declaró la nulidad de un grupo de ítems del proceso de selección mencionado, dentro de los cuales se encontraba el ítem N° 312, disponiendo retrotraer el proceso a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las Bases. Dicha nulidad se sustentó en que los valores referenciales de tales ítems no contemplaron lo dispuesto en los Decretos Supremos N° 005-2008-SA y N° 008-2008-EF sobre bienes liberados de pago de IGV y Derechos Arancelarios por tratarse de medicamentos e insumos para el tratamiento de la diabetes, tratamientos oncológicos y VIH/SIDA.

En ese sentido, el Tribunal indicó que la nueva convocatoria<sup>59</sup> del ítem N° 312 debió efectuarse de acuerdo con la normativa de contrataciones del Estado vigente al momento de efectuarse dicha convocatoria y no con aquella aprobada por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, siendo que para el 04 de setiembre de 2009, la normativa vigente al momento de dicha convocatoria era la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 184-2008-EF<sup>60</sup>, así como la Directiva N° 006-2009-OSCE/CD “Lineamientos para la aplicación de la Modalidad Especial de Selección por Subasta Inversa”.

---

<sup>58</sup> Resolución N° 2245-2009.TC-S2 de fecha 20 de octubre de 2009

<sup>59</sup> Debe tenerse presente que la nueva convocatoria del ítem N° 312 constituye su primera convocatoria, y no segunda, pues la convocatoria original fue declarada nula hasta la elaboración de las Bases.

No obstante lo señalado, la Entidad efectuó una Segunda Convocatoria de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial, considerando adicionalmente al ítem N° 01<sup>61</sup> – Abacavir 300 mg, tableta y al ítem N° 20<sup>62</sup> – Amfotericina b, 50 mg, inyectable, el ítem N° 312 – Zidovudina + Lamivudina + Nevirapina, 300 mg + 150 mg + 200 mg. tableta, pese a que este último fue declarado nulo de oficio por el Titular de la Entidad, como se ha mencionado en los párrafos precedentes.

En torno a ello, el Tribunal indicó que en los casos que conozca, declarará nulos los actos administrativos expedidos por las Entidades, siempre que dichos actos se encuadren en las causales de nulidad descritas en el artículo 56 de la Ley, dentro de las cuales se encuentra aquellos actos que contravengan las normas legales, atendiendo dicha causal, se estableció que la convocatoria del proceso de selección respecto del ítem N° 03 – Zidovudina + Lamivudina + Nevirapina, 300 mg + 150 mg + 200 mg. tableta, se había efectuado prescindiendo de lo establecido en la normativa de contratación estatal.

Asimismo, precisó que el hecho de que el Comité Especial convocara el proceso de selección aplicando una norma que no le resulta aplicable, constituye un acto que no resulta ser conservable, ello en la medida que la Entidad debe velar porque el proceso de selección se efectúe de acuerdo a la norma vigente en contrataciones.

Por lo tanto, al haberse acreditado las deficiencias de las Bases respecto a las reglas a las cuales deberían someterse los postores en el presente procedimiento, la respuesta que ofrece la normativa a las autoridades administrativas era la posibilidad de que corrijan sus errores u omisiones, previa declaración de nulidad

---

<sup>60</sup> Mediante Decreto de Urgencia N° 014-2009, se estableció que la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE estaba prevista para el 01 de febrero de 2009.

<sup>61</sup> Declarado desierto en la Primera Convocatoria por lo que la ley aplicable era la de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

<sup>62</sup> Declarado desierto en la Primera Convocatoria por lo que la ley aplicable era la de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

del acto viciado por parte de este Colegiado. Lo explicado anteriormente se fundamenta a través del Principio de Legalidad normado en el inciso 1.1) del artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, al señalar que las decisiones de las autoridades administrativas deben sujetarse a las normas legales establecidas dando cumplimiento a lo que éstas señalen. Por los hechos expuestos, el Tribunal declaró la nulidad del ítem N° 03<sup>63</sup> de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 29-2008/MINSA – Segunda Convocatoria, y dispuso que se deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro de dicho ítem y se retrotraiga el proceso a la etapa de convocatoria, conforme a la normativa vigente.

## 8. La nulidad en los procedimientos administrativos sancionadores

Un ilustre representante de la escuela de Viena, Adolfo Merkl, observaba ya en 1927 que el mundo de las sanciones administrativas significa la mayor intromisión imaginable de la Administración en la esfera de la justicia y, con ello, la más evidente quiebra del principio de separación de poderes<sup>64</sup>. Como resulta natural, ante el desmedido crecimiento de infracciones administrativas<sup>65</sup>, que a criterio

---

<sup>63</sup> Ítem N° 312 – Zidovudina + Lamivudina + Nevirapina, 300 mg + 150 mg + 200 mg. tableta en Primera Convocatoria.

<sup>64</sup> Merkl, A. Teoría General del Derecho Administrativo, Edición Castellana. Editorial Nacional, México, 1980, pp., 347 y s. (Tomado de Luis Prieto Sanchis: "La Jurisprudencia Constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", en la Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, Núm. 4, Enero – Abril, 1982, pág. 99.)

<sup>65</sup> La nueva Ley de Contrataciones del Estado, prevé los siguientes tipos de infracciones:

### **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

#### *51.1 Infracciones*

*Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:*

*a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor;*

*b) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte;*

*c) Hayan entregado el bien, prestado el servicio o ejecutado la obra con existencia de vicios ocultos, previa sentencia judicial firme o laudo arbitral;*

*d) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente norma;*

*e) Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP);*

*f) Suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas, según sea el caso;*

*g) Realicen subcontrataciones sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento;*



del legislador deben expandirse en el ordenamiento jurídico para asegurar el respeto de la ley, hemos vuelto los ojos al Derecho Administrativo Sancionador y los mecanismos a través de los cuales opera en nuestra sociedad, junto al otro ordenamiento jurídico, el Derecho Penal<sup>66</sup>.

En torno a ello, Alejandro Nieto se ha expresado en el sentido que “el Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los poderes públicos, que sancionan, expolían y humillan protegidos por la Ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Éste es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el derecho”<sup>67</sup>.

Más aún, tal como sostiene Pietro Sanchis, “las doctrinas que defienden la sustantividad del derecho administrativo sancionador en el mejor de los casos, no son doctrinas jurídicas sino puntos de vista de política jurídica; no describen el derecho positivo ni ofrecen una teoría para mejor comprenderlo, sino que explican lo que debería ser”. Agrega, que las supuestas diferencias provienen de las propias decisiones del legislador, las cuales carecen de consistencia porque en el fondo se pretende elaborar una teoría del injusto administrativo a partir de un dato puramente formal como es la competencia para castigar, bajo el mero supuesto de que la Administración está llamada, a sancionar, ciertos hechos o que el juez también por naturaleza debe circunscribir su actuación a los delitos por atacar estos los valores sociales fundamentales<sup>68</sup>.

---

*h) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece el Reglamento;*

*i) Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE;*

*j) Interpongan recursos impugnativos contra los actos inimpugnables establecidos en el Reglamento;*

*k) Se constate después de otorgada la conformidad que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases; y,*

*l) Otras infracciones que se establezcan en el Reglamento.”*

<sup>66</sup> Alejandro Nieto. Derecho Administrativo Sancionador. Quinta Edición - 2005. Editorial TECNOS, Barcelona – España. Pág. 29.

<sup>67</sup> Alejandro Nieto. Derecho Administrativo Sancionador. Ob. Cit. Ant.

<sup>68</sup> Luis Prieto Sanchis: “La Jurisprudencia Constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”. Ob. Cit. Pág. 100.

Ello nos lleva a comprender que la única diferencia conceptual entre el Derecho Penal y el ordenamiento administrativo sancionador radica en la competencia, que en caso es judicial y en el otro es administrativa, las demás diferencias, las que hacen del Derecho Administrativo Sancionador un derecho represivo prebaccariano, en palabras de García de Enterría, y que puede transformarlo en un soberbio instrumento de persecución al servicio del poder político, no pueden calificarse de diferencias conceptuales, sino de intolerables excepciones a los principios de libertad y seguridad que inspiran el Estado de Derecho<sup>69</sup>.

Precisamente, a partir de esa idea, no solo se pone de relieve que el ordenamiento punitivo del estado es uno y solo uno, y que, por lo tanto, nada justifica la tradicional separación entre los principios y reglas del Derecho Penal y lo que han venido inspirando el Derecho Administrativo Sancionador. En ese sentido, cualquiera que sea la opción legislativa, lo verdaderamente esencial, es que todo el derecho punitivo del Estado se inspire en idénticos principios de libertad y seguridad: un solo ordenamiento punitivo sometido al Derecho con la misma intensidad en todas su partes, o, dicho de otro modo, que la libertad y la seguridad de los ciudadanos se vea igualmente garantizada ante los jueces que ante la Administración<sup>70</sup>.

También sostiene Pietro Sanchis, que la libertad y seguridad tiene como sus modos de expresión la claridad y sencillez, es decir, leyes y reglamentos que puedan comprendidos y conocidos por todos los ciudadanos. Al respecto, precisó que ello se reclama hoy al Derecho Administrativo Sancionador, disperso y accesible únicamente para los abogados y juristas e incluso diríamos que solo para los abogados y juristas especializados en cada una de las dimensiones del actuar administrativo. En segundo lugar, ha sido esta falta de codificación lo que ha impedido la elaboración de una teoría general de la infracción administrativa análoga a la teoría general del delito. Asimismo, y esto es probablemente lo más grave, la ausencia de código ni siquiera se ha visto compensada con un riguroso respeto al principio de legalidad, pues en esta materia es tradicional que

---

<sup>69</sup> Ídem. Pág. 101.

<sup>70</sup> Ídem. Pág. 103.

numerosos aspectos aparezcan perfilados en normas de rango reglamentario, lo que por cierto debe hoy considerarse inconstitucional. Finalmente, otra característica del derecho administrativo sancionador con las tipificaciones imprecisas y ambiguas, las fórmulas abiertas y las cláusulas de extensión analógica, que muchas veces impiden conocer a ciencia y cierta cuales con las conductas sancionables<sup>71</sup>.

Es por ello que Alejandro Nieto concluye que la potestad sancionadora de la Administración – y su aparato técnico y jurídico, el Derecho Administrativo Sancionador – es, en definitiva, un montón de despropósitos en el que todos los poderes están implicados. El Legislativo es el primer pecador dado que ha establecido una red tan tupida – y tan opaca – de infracciones que es materialmente imposible conocerlas y, por supuesto, evitar su comisión. El Legislador ha colocado literalmente a todos los ciudadanos fuera de la Ley. Pero, para mayor sarcasmo, esta red sancionadora presenta tantos desgarrones que es tan fácil escaparse de ella al infractor hábil como difícil en ocasiones manejarla con eficacia a la Administración de buena fe, que cree disponer de una buena arma y se encuentra en la mano con una espada de palo. Ahora bien, para las Administraciones públicas ofrece el Derecho Administrativo Sancionador una cobertura ideal para el abuso y la arbitrariedad, para las represalias políticas y personales y para la extorsión más descarnada. Tal como he adelantado, la potestad sancionatoria – cuando puede y quiere ejercerse – no es otra cosa que la legitimación de la violencia del Poder" <sup>72</sup>.

### **8.1. Nulidad de los actos administrativos, presunción de validez y recurso de reconsideración <sup>73</sup>**

El presente caso está referido a la imputación efectuada contra el Consorcio integrado por las empresas A y B por presentar documento con información inexacta en su propuesta técnica.

---

<sup>71</sup> Ídem. Ob. Cit. Pág. 104.

<sup>72</sup> Alejandro Nieto. Derecho Administrativo Sancionador. Ob. Cit. Pág. 30.

<sup>73</sup> Resolución N° 264-2007-TC-SU del 19 de marzo de 2007

En dicho procedimiento administrativo sancionador se imputó al Consorcio el haber presentado el 16 de noviembre de 2004, en el curso de un proceso de selección, un Certificado N° 1 emitido a nombre de la empresa A, en el cual constaba que tenía vigencia hasta el 23 de marzo de 2005; no obstante que, en la fecha en la cual presentó dicho documento como parte de su propuesta técnica, éste carecía de validez en razón de que había sido declarado nulo por la autoridad administrativa competente mediante Resolución Directoral N° 1 del 19 de octubre de 2004.

De la lectura de los documentos que obran en el Expediente Administrativo, el Tribunal advirtió que el Consorcio, el 16 de noviembre de 2004, presentó su propuesta, en la cual incluyó el Certificado N° 1, emitido a nombre de la empresa A. De otro lado, se aprecia que, el 29 de octubre de 2006 la empresa A fue notificada con la Resolución Directoral N° 1 del 19 de octubre de 2009, mediante la cual se declaró la nulidad del Certificado N° 1. Por lo tanto, a partir de esa fecha, la empresa A no podía presentar dicho Certificado como documento válido dentro de su propuesta técnica en ningún proceso de selección convocado por el Estado.

El Consorcio, como principal argumento de defensa, ha señalado que el 2 de noviembre de 2004, la empresa A interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 1 del 19 de octubre de 2009, que declaró nulo el Certificado N° 1 y que, posteriormente, el 24 de enero de 2005, la autoridad competente, mediante Resolución Directoral N° 2 declaró nula la Resolución Directoral N° 1 del 19 de octubre de 2004.

Sobre la base de lo expuesto, el Tribunal indicó que correspondía analizar en el presente caso es si con la interposición del recurso de apelación en contra de la Resolución Directoral N° 1 de fecha 19 de octubre de 2004, los efectos de la resolución impugnada se suspenden o si, por el contrario, la resolución que declara nulo el Certificado N° 1 mencionado surte efectos a partir de día hábil

siguiente a su notificación, conforme lo ha establecido el artículo 16 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.<sup>74</sup>

El artículo 192 de la Ley N° 27444, prescribe que los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o a plazo conforme a ley.

En concordancia con lo anterior, el numeral 216.1 del artículo 216 del citado cuerpo normativo establece que la interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

Asimismo, el Tribunal indicó que las normas glosadas no son otra cosa que una expresión de los principios de *autotutela administrativa* y de *presunción de legalidad y de validez de los actos administrativos*. Sobre la base de tales principios, todos los actos de la Administración Pública se entienden válidos y de inmediato y obligatorio cumplimiento y son, en principio, de ejecución directa, aun cuando se discrepe sobre su legalidad<sup>75</sup>.

En atención a las normas glosadas, el Tribunal no acogió el argumento de defensa del Consorcio, puesto que el carácter ejecutorio de la Resolución Directoral N° 1 se produjo en la fecha en la cual se notificó a la empresa A, conformante del Consorcio, con la citada Resolución, por lo que el día 16 de noviembre de 2004, fecha del acto de presentación de propuestas, el Certificado N° 1 emitido a nombre de la empresa A, era inválido.

En consecuencia, concluyó que el Certificado N° 1, emitido a favor de la empresa A, el cual fue presentado por el Consorcio como parte de su propuesta técnica durante el proceso de selección, contenía información inexacta y

---

<sup>74</sup> "Artículo 16.- Eficacia del Acto administrativo.

16.1. "El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos (...)"

<sup>75</sup> Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Duodécima Edición. Editorial Civitas Ediciones, S.L. Madrid. 2004. Páginas 519 y 585.

precisó que la vigencia del Certificado que en dicho documento se estableció era desde el 23 de marzo de 2004 al 23 de marzo de 2005; no obstante, éste había sido anulada mediante Resolución Directoral N° 1 de fecha 19 de octubre de 2004, notificada a la empresa A el 29 de octubre de 2004, por lo que en la oportunidad en que ésta fue presentada al proceso de selección, carecía de validez.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal precisó que mediante Resolución Directoral N° 2 de fecha 24 de enero de 2004, se declaró nula la Resolución Directoral N° 1, que declaró nulo el Certificado N° 1 otorgada a favor de la empresa A, debido a que no fue resuelto por el funcionario jerárquico superior de la autoridad competente, conforme la normatividad vigente, sino por el mismo funcionario que emitió dicho Certificado; no obstante, indicó también que la cuestión dilucidada recayó en determinar que, efectivamente, al momento de presentar el Consorcio dicho Certificado dentro de su propuesta técnica, éste no se ajustaba a la realidad pues había sido declarado nulo, es decir, no estaba vigente, aspecto que no fue comunicado por el Consorcio a la Entidad en su oportunidad. Por las consideraciones expuestas, el Tribunal concluyó que se había configurado la infracción referida a la presentación de información inexacta, por lo que impuso sanción administrativa las empresas A y B, integrantes del Consorcio.

No obstante ello, el Consorcio interpuso **recurso de reconsideración** contra la Resolución emitida por el Tribunal que resolvió imponer sanción a ambas empresas, reiterando los argumentos vertidos en sus descargos, por lo que de la revisión del presente recurso, el Tribunal consideró que debía pronunciarse sobre las siguientes pretensiones: **Primero**, la solicitud de la nulidad de la Resolución emitida por el Tribunal, pues se había violado su derecho de defensa al no pronunciarse sobre la solicitud de uso de la palabra. **Segundo**, se exima de sanción a las empresas integrantes del Consorcio, debido a que la Resolución Directoral N° 2 de fecha 24 de enero de 2005, declaró nula la Resolución Directoral N° 1 de fecha 19 de octubre de 2004, que declaró nulo el Certificado N° 1, por lo que éste siempre fue válido; y, **tercero**, la empresa B solicitó al

Tribunal que, si fuera el caso que decida imponer sanción, debía identificar al presunto infractor, que en este caso era la empresa A, pues la empresa B desconocía el estado de hecho de dicho Certificado a la fecha de presentación de la propuesta técnica.

El Tribunal señaló que debía pronunciarse respecto de cada uno de los cuestionamientos planteados en el recurso de reconsideración<sup>76</sup> y verificar si se han aportado nuevos elementos de juicio que permitan al Tribunal modificar la decisión que adoptó en la Resolución recurrida<sup>77</sup>.

Sobre el primer punto controvertido, el Tribunal indicó que en relación a la solicitud de nulidad deducida por el Consorcio por la supuesta trasgresión del debido procedimiento, debido a que el Tribunal omitió pronunciarse respecto de la solicitud de hacer uso de la palabra en la resolución recurrida, era necesario señalar que a fin de no afectar el derecho de defensa que le asiste al administrado en el marco de un debido procedimiento se otorgó al Consorcio el uso de la palabra el día 30 de marzo de 2007, con el objetivo de presente o amplíe sus informes técnicos o legales, a fin de sustentar todo aquello que mejor convenga a su derecho. A partir de ello, concluyó que no se había producido la afectación del derecho de defensa del Consorcio. En consecuencia, no existe razón para sostener la afectación del debido procedimiento o del derecho de defensa de las empresas integrantes del Consorcio.

---

<sup>76</sup> Sobre el particular, el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que 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. En la misma línea, el numeral 4 del artículo 3 del citado cuerpo legal prescribe que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

<sup>77</sup> Cabe traer a colación el artículo 208 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el acto que es materia de impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba.

Respecto al segundo punto controvertido, el Consorcio planteó como argumento principal que la Resolución Directora N° 1, que anuló el Certificado N° 1 fue, a su vez, declarado nulo mediante Resolución Directoral N° 2, por lo que la primera Resolución nunca generó efectos; es decir, el Certificado en cuestión siempre fue válido.

El Tribunal al respecto indicó que, en efecto, la Resolución emitida por éste, que fue precisamente impugnada, tuvo como presupuesto de análisis el principio presunción de validez de los actos administrativos emitidos por la autoridad administrativa. La presunción de legitimidad es la suposición de que el acto es emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juricidad con que se mueve la actividad estatal, la legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos, por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que rigen su producción.

En virtud de lo indicado, el Tribunal indicó que si un acto tiene un vicio que no es manifiesto o aparente, es plausible que deba considerárselo, en principio y provisionalmente (hasta que una autoridad competente resuelva lo contrario), válido; si en cambio, el vicio es claro y evidente, no podría presumirse que el acto es -a pesar de ese vicio manifiesto- válido. En tal sentido cabría imaginar una norma que invocando el bien común o el interés público dijera que *“Aunque encuentres un acto manifiestamente ilegítimo, debes comportarte como si fuera legítimo, pues la ley así lo impone”, pero es claro que resulta irrazonable, incluso inconstitucional*”.<sup>78</sup>

Sobre ese punto, el Tribunal citó a GORDILLO, quien manifiesta *“que no podría ni siquiera en ese caso postularse que, si encuentras un acto manifiestamente ilegítimo, presume que a pesar de ello, es legítimo, pues ello es como ordenar que se piense en cierto modo, lo que es una imposibilidad material y formal y, por ende, una imposibilidad jurídica”*.<sup>79</sup> En otras palabras, lo que se pretende

---

<sup>78</sup> Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3. El acto Administrativo. Sexta Edición, Ara Editores. Buenos Aires – Argentina, 2003. Pág. V4.

<sup>79</sup> Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Ob. Cit. Pág. V-5.



sustentar, es que *“el vicio manifiesto de un acto administrativo destruye la presunción de validez. El acto administrativo nulo no debe tener presunción de validez, en tanto un criterio contrario es lo que representa un pensamiento político estatista y autoritario”*.<sup>80</sup> Asimismo, dicho autor, desarrolla su argumentación precisando que *“Nada nos gustaría más que constatar que el derecho ha progresado, o no era tan anticuado como lo creía todo el mundo, pero vemos aún [...] que “esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ello debe necesariamente ser alegada y probada en juicio”, esto es un error, pero se repite. Con lo señalado estamos dejando claro que, la prueba de validez que rompa la presunción de validez del acto administrativo queda reducida a los actos anulables, no aquellos que adolecen de nulidad absoluta e insubsanable, que están excluidos de dicha presunción. Entonces, si no se los presume válidos, no hay porqué probar que realmente no lo son”*.<sup>81</sup>

En el caso planteado, si la Resolución Directoral N° 1 que declaró nulo el Certificado N° 1, contiene un vicio que afecta una de las estructuras esenciales de un acto administrativo válido, el referido a la competencia (dado que no fue emitido por la autoridad competente), ello, sin duda, es un acto nulo, tal como después fuera declarado por la autoridad correspondiente mediante Resolución N° 2, por lo que, en ese caso en particular, no era necesario esperar la declaración de nulidad de dicho acto por la autoridad correspondiente.

En tal sentido, el Tribunal dejó en claro cuál era la dirección de la postura que iba adoptar al momento de resolver el recurso de reconsideración y, sobre ello, precisamente, señaló que, las consecuencias de admitir la presunción de validez en forma amplia e ilimitada serían graves, ello significaría proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso de poder y dificultar la efectiva vigencia de los derechos individuales.

---

<sup>80</sup> Ídem.

<sup>81</sup> Ídem. Op. Cit. Pág. V-6.

Si apelamos a la razonabilidad administrativa, tal como señala DROMI, resulta incuestionable el derecho del administrado a desobedecer un acto manifiestamente nulo. No puede además, de ello, castigarse a la persona que desobedeció el acto nulo. Por el contrario, si el acto es válido o anulable, el administrado reticente cargará con las consecuencias y sanciones correspondientes a su incumplimiento. Ello no afecta, por lo tanto, la continuidad de la acción administrativa, ni el efectivo incumplimiento de las decisiones válidas o inválidas anulables, ni supedita el cumplimiento de los actos administrativos a la sola voluntad de los administrados.<sup>82</sup>

Finalmente, el Tribunal indicó que el derrotero de la argumentación señalada en los párrafos anteriores no hace sino conducirnos a una reflexión que tome en cuenta no solo la supuesta autotutela de la administración cuando se presume que los actos emitidos por ella son válidos y, por tanto, gozan de ejecutoriedad inmediata, sino, además, a tener en cuenta la posición del administrado, del ciudadano, quien muchas veces va a verse impedido de participar en una actividad económica por el solo hecho de que la administración emitió un acto que adolecía de vicios graves que lo hacían manifiestamente nulo.

Finalmente, en palabras de GORDILLO, quien señala de manera clara y precisa la problemática que significaría pensar lo contrario a lo argumentado en los párrafos anteriores, creemos que *"no existen todavía garantías efectivas, subjetivas y objetivas para la emanación de los actos administrativos, por el exiguo cumplimiento de la Ley de procedimiento administrativo y la ineficacia de los procedimientos judiciales existentes para tutelar en forma plena, eficaz y oportuna los derechos individuales [...]..Es que - en épocas normales, para las cuales tales principios son establecidos - la ley está rodeada de garantías reales y no teóricas que morigeran la comisión de arbitrariedades: la discusión o debate parlamentario, distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, mayor control social, etc. En cambio, el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un solo individuo*

---

<sup>82</sup> DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Novena Edición. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 2001. Pág. 274.

*embriagado por el poder. Reconocerle a su capricho igual presunción que de la Ley, como para exigir de inmediato su cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia.”<sup>83</sup>(Sic)*

En virtud a los planteamientos llevados a cabo como resultado de la interposición del recurso de reconsideración y de acuerdo al análisis efectuado en el presente caso, el Tribunal consideró que se debía eximir de responsabilidad a las empresas integrantes del Consorcio, pues el acto administrativo concretado en la Resolución Directoral N° 1 adolecía de un elemento esencial para su validez, es decir, la competencia, por lo que nunca produjo efectos jurídicos que pudieran afectar la esfera jurídica de administrado<sup>84</sup>, en este caso, de las empresas integrantes del Consorcio, aspecto que posteriormente fue confirmado por la autoridad competente, quien resolvió declarar fundado, mediante la Resolución Directoral N° 2, el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Directoral N° 1 que declaró nulo el Certificado N° 1, por lo que al momento de presentar el Consorcio dicho Certificado en su propuesta técnica, éste era válido. En consecuencia, concluyó que debía de eximirse de sanción administrativa a las empresas A y B.

Sobre este caso, las opiniones y críticas son variadas; no obstante, como bien se ha señalado en los párrafos anteriores, en nuestro ordenamiento administrativo, a diferencia del caso argentino, no es posible sostener que un acto administrativo es nulo y no surte efecto alguno por más grave que sea el vicio de que padezca, si es que no ha sido expresamente calificado como tal por la autoridad competente conforme a los procedimientos establecidos legalmente.

---

<sup>83</sup> Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Ob. Cit. Pág. V-11.

<sup>84</sup> El numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley N.º 27444, establece que “**la declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto**, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro”.

## 8.2. Nulidad de resolución que afecta el derecho a la defensa<sup>85</sup>.

En este caso el Tribunal se pronunció respecto a la solicitud de nulidad alegada por la empresa EFICAZ contra la resolución que le impuso sanción administrativa, bajo el argumento de que se habría vulnerado su derecho de defensa, es decir, no se le habría notificado el inicio del procedimiento administrativo sancionador, lo cual le impidió ejercer su derecho de defensa y que recién tomó conocimiento, del citado procedimiento sancionador (el 25 de enero de 2008) cuando tramitaba su Constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado. Señaló dicha empresa, además, que no fue comunicada or ninguna de las empresas que conforman el Consorcio X y que ha solicitado al representante legal del referido Consorcio copia de todo lo actuado, lo cual le ha sido entregado parcialmente, por lo que ha procedido a requerirle notarialmente. Asimismo, manifestó que desconocía la firma que aparece en los escritos presentados por el Consorcio X, en el presente procedimiento; razón por la cual solicitó se efectúe la prueba grafotécnica que permita comprobar la veracidad o falsedad de éstas, cuyo costo será asumido en su integridad él.

Sobre el particular, el Tribunal indicó que de la revisión de la documentación obrante en autos, se advertía que la Secretaría del Tribunal cursó la Cédula de Notificación, que comunicó el Decreto a través del cual se da inicio el procedimiento administrativo a las empresas integrantes del Consorcio X y se solicitó la presentación de sus descargos, siendo notificada al domicilio legal del Consorcio citado, domicilio consignado en su Promesa de Consorcio, presentada en el proceso de selección respectivo, que fuera suscrita por las empresas integrantes, según constancia que obra en autos.

De igual forma se verifica, que las demás cédulas de notificación, expedidas por el Tribunal en ocasión del presente procedimiento, habían sido dirigidas al Consorcio X.

---

<sup>85</sup> Resolución N° 502-2008.TC-S3, de fecha 18 de febrero de 2008, que declara nula la Resolución N° 222-2008-TC.-S3, que sancionó a la empresa Ingeniería Dinámica S.A. por un período de (10) meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado y dispuso que se deje sin efecto todo lo actuado respecto de ésta.

Al respecto, el Tribunal precisó que el numeral 22.1 del artículo 22 de la Ley N° 27444 establece que "Cuando sean varios los destinatarios, el acto será notificado personalmente a todos, salvo sí actúan unidos bajo una misma representación o si han designado un domicilio común para notificaciones, en cuyo caso éstas se harán en dicha dirección única." De otro lado, el numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley N° 27444 establece que "La notificación defectuosa por omisión de alguno de sus requisitos de contenido, surtirá sus efectos legales a partir de la fecha en que el interesado manifiesta expresamente haberla recibido, si no hay prueba en contrario."

Del mismo modo, indicó que cuando se trataban de destinatarios múltiples se tenía la obligación de notificar a cada uno de ellos, salvo que éstos cuenten con un representante común o con domicilio legal común<sup>86</sup>. Asimismo, manifestó que la declaración de conocimiento de un acto defectuosamente notificado efectuada por el propio administrado es reconocida como elemento habilitante para entender saneada una notificación viciada en su origen<sup>87</sup>.

Finalmente, precisó que si bien el citado decreto debió ser notificado a cada uno de las empresas que conforman el Consocio X; no obstante, el hecho de haberse apersonado y presentado sus descargos, las citadas empresas convalidaron dicha notificación. Sin embargo, en el presente caso, el representante de la empresa EFICAZ desconoció la firma que aparece tanto en el escrito de apersonamiento y presentación de descargos, señalando que dicha firma no le pertenecía, por lo que solicita se realice una prueba grafotécnica que confirme sus dichos.

En tal sentido, el Tribunal consideró que, a fin de cautelar el derecho a un debido procedimiento y, por ende, su derecho de defensa<sup>88</sup>, correspondía declarar la

---

<sup>86</sup> Juan Carlos Morón Urbina. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ob. Cit. Pág. 185.

<sup>87</sup> Ídem. Ob. Cit. Pág. 195.

<sup>88</sup> "El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como

nulidad de todo lo actuado, respecto sólo de la empresa EFICAZ, debiendo notificársele el decreto de inicio de procedimiento administrativo sancionador y otorgarle el plazo correspondiente a fin que presente sus descargos, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 26.01 del artículo 26 de la Ley N° 27444.

## 9. Consideraciones finales

- La caracterización de un procedimiento administrativo no solo debe tender a la mera referencia de una concatenación de sucesos u ordenación de distintas fases o etapas destinadas a obtener una decisión de la autoridad administrativa, sino que, además, debe proporcionar transparencia y racionalidad, coordinación, organización y contacto; fines que, por su parte, encierran y desarrollan importantes valores jurídicos.
- Sobre la declaración de nulidad del acto administrativo viciado en su conformación, la Ley N° 27444 ha decidido mantener la tradición normativa y optar únicamente por la regulación de la figura de la nulidad, dejando de lado la posibilidad de incluir también regulación para los supuestos específicos de inexistencia, anulabilidad y validez como consecuencia de la nimiedad del vicio.
- La figura de la nulidad en la normativa sobre contrataciones del Estado ha encontrado su máximo desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones, y ello ha sucedido así desde que entró en vigencia la Ley 26850, ahora derogada y el Decreto Legislativo 1017, actualmente vigente, las cuales en torno a la nulidad de los actos administrativos han mantenido la misma regulación. Las causales para declarar la nulidad de éstos están contenidos en la propia Ley de Contrataciones, si es que éstas se han configurado en un proceso de selección; mientras que las causales de nulidad del acto administrativo emitido en el marco de un procedimiento

---

*principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés". Ver Resolución N° 1003-98-AA/TC.*

administrativo sancionador son las que se recogen en la Ley 27444, en tanto que tienen que ver con los requisitos validez que debe contener aquél al momento de su emisión.

- Finalmente, debe indicarse que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el derecho del poder en la libertad. Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también diferentes. Y parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Jaime Rodríguez-Arana "*El Marco Constitucional del Derecho Administrativo Español (El Derecho Administrativo Constitucional)*". En: V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Págs. 203 -205

