

La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

Víctor Sebastian Baca Oneto*

En el presente artículo, luego de describir el régimen jurídico de la invalidez en el Derecho Administrativo peruano y precisar el carácter originario de la misma, el autor procede a estudiar la anulación de los contratos en la actual Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Finalmente, el autor analiza dicho régimen normativo desde la óptica de la teoría de los actos separables y, asimismo, la teoría que sugiere entender el contrato público como un acto administrativo en su emisión, dejando de este modo la discusión abierta.

1. PLANTEAMIENTO

Frente a quienes hace algunos años predecían su próxima desaparición, el Derecho administrativo peruano ha seguido su proceso de maduración, plasmado en la aparición de un número cada vez mayor de publicaciones especializadas, dentro de las cuales tiene particular importancia el ámbito de la contratación pública, al que muchas de ellas dedican una sección. La reciente publicación de la nueva Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento (RLCE, ya modificado en varias ocasiones, pese al poco tiempo que ha transcurrido desde su aprobación) han dado un nuevo impulso a este sector tan relevante para una buena gestión pública y, al mismo tiempo, tan lleno de dificultades, debido a la complejidad de los procedimientos y requisitos exigidos para el nacimiento del contrato, frente a la simplicidad existente en el mundo priva-

do, donde basta el mero acuerdo, sin necesidad de formalización adicional alguna. No es extraño, por tanto, que éste sea también uno de los ámbitos en donde se haya defendido con más ahínco la huída del Derecho administrativo, con el ánimo de escapar hacia un sistema menos riguroso y, por tanto, más "flexible", que sin pagar tributo a la siempre denostada burocracia, permita la satisfacción de las necesidades públicas implicadas.

Sin embargo, conviene no olvidar que un contrato es "público" cuando una de las partes implicadas es una Administración Pública¹, lo que nos lleva irremediamente a establecer una diferencia con los contratos que celebran los sujetos privados entre sí, ya que mientras estos actúan dentro de su esfera de libertad, aquélla nunca goza de ésta, sino que siempre está positivamente vinculada al ordenamiento, incluso cuando contrata². Es decir, mientras que

* Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Piura (UDEP). Director del Programa de Maestría en Derecho de la UDEP. Director del Programa Académico de Derecho de la UDEP en Lima. Ex vicepresidente de la Comisión del INDECOPI en Piura.

1 Sobre el uso de la expresión contratos públicos en este sentido, véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. "Examen de la contratación de los entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario", en *Cuadernos de Derecho judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, 1994, p. 369; y, del mismo autor, "Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias" en *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1998, p. 952, por nota.

2 Como bien afirmó MERKL (*Teoría general del Derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004, p. 205), "el Derecho administrativo no es sólo la *condictio sine qua non*, sino *condictio per quam* de la Administración", lo que también se puede afirmar de ésta cuando contrata. En este sentido, véase ARIÑO ORTIZ, G., "El contrato administrativo en el Derecho español", *RDAF* 25-26, 1970, p. 73; y DE SOLAS RAFECAS, R., *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 147 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Ámbito de aplicación de la Ley (arts. 1 a 9, inclusive), en *Comentarios a la ley de Contratos de las Administraciones públicas*, dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., 2ª edición, Civitas, Madrid, 2004, pp. 109 y ss.; y, muy especialmente, REBOLLO PUIG, M., "Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública", en *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho administrativo, INAP, Madrid, 2004, pp. 41 y ss. Es cierto, sin embargo, que algunos autores han defendido una vinculación negativa de la Administración al ordenamiento jurídico cuando contrata, a partir de negar que en este caso haya ejercicio de potestades administrativas (en este sentido, por ejemplo, COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, I, 15ª edición, Civitas, Madrid, 2004, p. 397).

los particulares pueden hacer todo aquello que la norma no les prohíba, la Administración únicamente puede hacer lo que la norma le permita, siempre buscando satisfacer el interés general, sin el cual su actuación no encuentra justificación. De allí que sea tan atinado decir que los sujetos privados contratan con quien quieren, mientras que la Administración contrata con quien puede, porque debe formar su voluntad a partir de la valoración de lo que es más conveniente para el interés general, lo que conlleva la necesidad de seguir un procedimiento, que no se sustenta únicamente en razones presupuestarias³.

Estas características del contrato público, mediante el cual se busca satisfacer una finalidad de interés general y para hacerlo debe seguirse un procedimiento administrativo, hace que también aquí el tema de la invalidez adquiera especial relevancia, más aún en un sistema como el peruano, en donde la regulación de esta figura plantea todavía muchas interrogantes. Nada más lejos de la realidad que la afirmación según la cual el régimen de la nulidad en nuestro país no presenta ninguna dificultad⁴, más aún en el ámbito de los contratos públicos regulados en la LCE, pues al existir un procedimiento competitivo, pueden haber muchos afectados por los posibles vicios del contrato, cuya inejecución al mismo tiempo redundará negativamente sobre el interés general que se pretendía satisfacer al celebrarlo.

Por tanto, el estudio de la invalidez de los contratos públicos se presenta como una necesidad, que no pretende ser satisfecha del todo por este trabajo, pues para ello sería precisa una monografía completa. En consecuencia, en las páginas que siguen se estudiarán únicamente los medios previstos en el Derecho peruano para declarar dicha invalidez;

es decir, para anular los contratos⁵, aunque para ello sea preciso hacer algunos comentarios previos sobre la propia noción de invalidez. Además, como se indica en el título, únicamente se abordará la invalidez de los contratos regulados en la LCE; es decir, de un tipo especial de contratos, los conocidos como contratos de gestión patrimonial o *marchés publics*, mediante los cuales la Administración obtiene del mercado bienes o servicios a través de un precio⁶. Así, se excluyen también los llamados contratos de "atribución", al aplicarse la norma únicamente a los contratos de "colaboración", en los cuales la Administración actúa como cliente y no como proveedora⁷. Es decir, la prestación a cargo del particular es la que permite satisfacer el interés general que se busca con el contrato, a cambio por supuesto de una contraprestación económica a cargo de la Administración Pública.

Esto marca una nueva diferencia entre los contratos privados y los contratos públicos, pues en este caso todos los posibles interesados tienen igual derecho a optar a la prestación administrativa, lo que exige (no sólo recomienda) un procedimiento concursal para adjudicarla. Se muestra así cómo los contratos públicos constituyen actos de justicia distributiva⁸, a diferencia de los contratos entre privados, que desde Aristóteles siempre han sido considerados actos de justicia conmutativa⁹. Por tanto, aunque en su vertiente más débil, en tanto se necesita del consentimiento del particular, también aquí es posible identificar una potestad administrativa en juego (la distribución de bienes públicos), lo que justificará la existencia de un procedimiento para la formación de la voluntad de la Administración, que se manifiesta a través de actos administrativos, cuya validez e invalidez está regulada de modo

3 No estamos de acuerdo, por tanto, con lo afirmado por ÁLVAREZ PEDROZA ("Especialidad de la norma, delegación y responsabilidades en la nueva ley de contratación estatal", *RJP* 90, 2008, p. 118), para quien el proceso de contratación es un mecanismo procesal del proceso presupuestario, de modo que "cuando tratamos de contratación pública estamos hablando de derecho presupuestal". El componente del gasto público es importante en la contratación pública, al punto que puede afectar la validez del propio contrato (así, por ejemplo, véase BACA ONETO, V. S., "La nulidad de los contratos públicos por falta de consignación presupuestaria. Un comentario con ocasión de las sentencias del Tribunal Supremo español de 30 de septiembre y de 14 de mayo de 1999", *RDUdeP* 2, 2001, pp. 195 y ss.) y limita el ámbito del ejercicio del *ius variandi*, pero no es posible reducir la contratación pública a una cuestión presupuestaria.

4 Esta afirmación, en LINARES JARA, M., "Régimen de invalidez del acto administrativo en la ley del Procedimiento administrativo general", *Advocatus. Revista de Alumnos de la Universidad de Lima* 5, 2001, p. 5; y, del mismo autor, *El contrato estatal*, Grijley, Lima, 2002, p. 100

5 Es decir, utilizaremos anulación y declaración de invalidez como sinónimos. En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 55, por nota, quien define "la anulación como la declaración – administrativa o judicial – de la invalidez del acto" (p. 323)

6 Para un análisis más en detalle de la clasificación de los contratos, véase BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 136 y ss.; y del mismo autor, "Luces y sombras de la nueva Ley de contrataciones del Estado", en *RJP* 94, 2008, pp. 187 y ss.

7 Esta clasificación, en ZWAHLEN, H., "Le contrat de droit administratif", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1958-II, pp. 611a y ss.

8 Sobre los contratos públicos como actos en ejercicio de la justicia distributiva, y, por tanto, actos en ejercicio de la potestad pública, pues sólo ésta puede otorgar y denegar lo que es «cosa pública», véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., "Naturaleza de los contratos públicos...", cit., p. 960; y, del mismo autor, "Prólogo" al libro de MACERA TIRAGALLO, B.-F., *La teoría francesa de los actos separables y su incorporación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona, 2001, pp. 23 y ss. Sobre la vinculación entre actividad contractual pública y justicia distributiva, véase SOTO KLOS, E., "La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (a propósito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración)", *RAP* 86, 1978, p. 583.

9 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1130.30 y 1131.b y ss.

general por la Ley N° 27444, del procedimiento administrativo general (LPAG).

2. LA NOCIÓN DE INVALIDEZ Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO PERUANO

2.1. Una aproximación dogmática al concepto de invalidez

2.1.a. El concepto de invalidez y su relación con la ineficacia

Son muchas las definiciones de invalidez que se han propuesto, como corresponde a un tema sobre el que sólo hay acuerdo respecto de su oscuridad, tanto el Derecho civil¹⁰ como también en el Derecho administrativo¹¹. Si bien no es objeto de este trabajo realizar un estudio a profundidad de esta materia, que ya hemos realizado en otro lugar¹², es necesario proponer una definición previa de lo que entendemos por invalidez, que sirva como punto de partida a las afirmaciones que sobre su aplicación en el caso de los contratos públicos se harán a continuación. Así, ésta podría definirse como la condición que se predica de aquel acto que al dictarse no cumple con los requisitos señalados por el ordenamiento jurídico y que no goza de una especial protección por parte de éste, careciendo por ello de idoneidad para producir los efectos jurídicos buscados.

Por tanto, a partir de esta definición pueden deducirse algunas cuestiones relevantes. En primer lugar, no cualquier desajuste entre la estructura real del acto y la prevista en la norma da lugar a la invalidez: sólo lo hacen aquellos que el Derecho considere que no deben ser protegidos y que, por tanto, originan su reacción¹³. Por tanto, hay ciertos vicios que son considerados como no trascendentes y que no tienen suficiente entidad como para producir la invalidez de un acto y justificar su anulación. En consecuencia, no es lo mismo “ilegalidad” que “invalidez”, pues, aunque la primera sea un requisito para que se produzca la segunda, esta última no es consecuencia necesaria de aquélla¹⁴.

Por tanto, la invalidez no es la consecuencia de toda ilegalidad, sino sólo de algunas consideradas como más relevantes, y únicamente en este sentido puede ser entendido como una sanción. Sin embargo, la verdadera sanción, en tanto se relaciona con las consecuencias que se ligan a esa disconformidad entre la norma y el acto, es la *ineficacia*, que es la no producción de efectos, o destrucción de aquellos ya producidos, por el acto inválido, en la medida en que éste (como contrapartida de su invalidez) no es idóneo para producir legítimamente efectos *jurídicamente protegibles*¹⁵, aunque ello no impide que estos (los efectos), en virtud de la exigencia de otros principios, que también forman parte del

10 Así, en este sentido, sólo por citar algunos autores considerados clásicos, véase PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Derecho civil*, traducción de la 3ª edición francesa de 1946 por Leonel PEREZNIETO CASTRO, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, p. 54; y de los mismos autores *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo VI, I, con el concurso de ESMEIN, P., traducción española por Mario DÍAZ CRUZ y Eduardo LE RIVEREND BRUSONE, Cultural, La Habana, 1940, § 281, p. 392. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, I-2º, 11ª edición, con adiciones de DE LOS MOZOS, J. L., Reus, Madrid, 1971, p. 805; DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, reproducción facsímil de la edición original del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de 1971, p. 462; y Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 450.

11 Véase ARIÑO ORTIZ, G. y VILLAR PALASÍ, J. L., *Lecciones sobre contratación administrativa*, Facultad de Derecho de Madrid, Sección de publicaciones, Madrid, 1969, p. 246; y, más recientemente, CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2004, p. 148.

12 BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, cit., *passim*.

13 BELADIEZ ROJO, M., *Validez...*, cit., p. 53. Es necesario distinguir el principio de conservación *stricto sensu* de aquellos supuestos en que se conserva el acto por la necesidad de mantener las situaciones jurídicas que ha creado, y que para BELADIEZ ROJO ocasiona también la validez del acto (*Ibidem*, p. 57), posición esta última que no compartimos. Así, el primero se aplica en aquellos casos en que, pese a la ilegalidad, los fines que la norma buscaba al establecer la regulación incumplida se han alcanzado. En consecuencia, no se conserva el acto por lo valioso de sus efectos, sino porque, pese a incumplirse la norma, se ha cumplido con su finalidad. Por el contrario, afirmar que un acto será válido cuando haya producido unos efectos jurídicos que deben conservarse implica confundir la ineficacia del acto con su invalidez, convirtiendo a la primera (y la dificultad que plantea la destrucción de las consecuencias que el acto, pese a su inadecuación con la norma, ha producido) no sólo en la consecuencia que debería acarrear la segunda, sino, al mismo tiempo, en la regla para determinar su existencia.

14 Véase al respecto DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 199, con una variada referencia bibliográfica. Al respecto, quizá el que con más claridad ha descrito la situación existente es Alejandro NIETO (“Estudio Preliminar” al libro de BELADIEZ ROJO, M., *Validez...*, cit., p. 12), para quien “no es frecuente encontrar actos administrativos impecables de fondo y forma. El Gran Ejército de la Administración está formado por una colección de tullidos y enfermos que, pese a todos sus defectos, ocupan (y en ocasiones arrasan) el territorio de la sociedad civil. La Administración envía muy pocos al hospital y las bajas producidas por los Tribunales son cuantitativamente insignificantes”. De allí que, al igual que otros autores, sostiene que mientras la ilegalidad es fruto de una constatación, la invalidez es fruto de una valoración (NIETO, A., “Estudio preliminar”, cit., p. 11 y ss.). En realidad, este autor va todavía más lejos, y afirma que “los actos no son inválidos por sí mismos, sino porque así lo declara un órgano judicial que tiene competencia para ello”. Pero, y en contra de lo afirmado por NIETO, no creemos que la invalidez se produzca como consecuencia de la decisión del órgano competente para declararla, sino que es previa, pues los actos viciados son válidos o inválidos (y no válidos e invalidables).

15 En este sentido, PACCIOLI (*La gestione di affari in diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1956, p. 111) sostuvo años atrás que “dire que un atto è nullo significa, in senso veramente concreto e quindi veramente giuridico, che non si può pretendere tutela in base ad esso e, viceversa, che si può pretendere tutela contro di esso”. La noción de invalidez que proponemos ha encontrado un reciente apoyo en el trabajo de CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida...*, cit., para quien “las consecuencias o efectos de la invalidez no deben plantearse como una cuestión acerca de la eliminación del acto o de su ineficacia, sino más precisamente

«Sin embargo, conviene no olvidar que un contrato es “público” cuando una de las partes implicadas es una Administración Pública, lo que nos lleva irremediabilmente a establecer una diferencia con los contratos que celebran los sujetos privados entre sí, ya que mientras estos actúan dentro de su esfera de libertad, aquélla nunca goza de ésta, sino que siempre está positivamente vinculada al ordenamiento, incluso cuando contrata»

ordenamiento, puedan ser conservados. Y, como toda sanción, la ineficacia necesita ser declarada por la autoridad¹⁶.

Es decir, la consecuencia *inmediata* de la invalidez es la ilegitimidad originaria de los efectos del acto, que ya no gozan de cobertura jurídica (y por ello pueden ser atacados y destruidos, en caso ya se estuvieren produciendo o se hubieren producido,

o pueden ser evitados, en caso aún no lo hubieren hecho), salvo que la encuentren en otro principio que forme también parte del ordenamiento (que funciona como límite a los efectos de la declaración de invalidez)¹⁷, y la consecuencia *mediata* (y natural) será la ineficacia, como hecho material de no producción de efectos (o de destrucción de los ya producidos), que se produce en virtud de la anulación, respecto a cuyo régimen adjetivo adquiere toda su relevancia la distinción entre nulidad y anulabilidad.

Empleando un símil fácil de entender, un acto administrativo sería como el paraguas, que le da cobertura a una serie de efectos jurídicos. La invalidez del acto implicaría la desaparición de dicho paraguas, de modo que las consecuencias que protegía ya no tendrían amparo y, por tanto, deberían ser destruidas, al quedar a la intemperie. Sin embargo, puede que encuentren esa protección que el acto inválido no es capaz de darles en algunos principios del ordenamiento jurídico, en otros paraguas, que justifican por tanto su mantenimiento.

2.1.b. El carácter originario de la invalidez

Por otro lado, de la definición de invalidez propuesta se desprende que ésta debe ser originaria¹⁸, pues si se predica *del acto*, sólo puede evaluarse con respecto al momento en que éste fue adoptado, con independencia de lo que ocurra durante el tiempo en que sus efectos estén vigentes, pues el acto, como declaración productora de efectos jurídicos, es «momentáneo», y una vez dictado quedan únicamente las relaciones o situaciones jurídicas que ha creado, modificado, regulado o extinguido, que son las que, en realidad, pueden perdurar en el tiempo¹⁹. Por tanto, la invalidez no puede ser realmente «sobrevenida», pues cualquier circunstancia que se produzca una vez dictado el

como un problema de tutela o protección de la situación que el acto inválido ha creado” (p. 188), afirmación que completa páginas después al sostener, con referencias constantes a la tesis de CAPACCIOLO, que un acto inválido es “aquel que por sí solo no puede erigirse en fundamento de la tutela de los intereses a su cumplimiento o ejecución, o al mantenimiento de la situación por él creada, como consecuencia de su disconformidad con el esquema previsto por el ordenamiento” (p. 314). Sobre esta cuestión, véase también CANO CAMPOS, T., “La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias”, *RGDAI* 8, 2005, *passim*, en especial pp. 30 y ss.

16 LUTZESCO, G., *Teoría y práctica de las nulidades*, traducción por Manuel ROMERO SÁNCHEZ y Julio LÓPEZ DE LA CERDA, 3ª edición, Porrúa, México, 1978, p. 365.

17 Como hemos explicado en otro lugar (BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, cit., pp. 337 y ss.), éste es el papel que cumple esencialmente el principio de protección de la confianza legítima, que puede tener especial importancia en materia contractual.

18 En general, aún cuando se admita que la *ineficacia* puede ser originaria o sobrevenida, la invalidez se hace depender de la presencia de un vicio estructural o intrínseco del acto (ALBALADEJO, M., “Ineficacia e invalidez del negocio jurídico”, *RDPr* 1958, p. 604), que por ello ha de existir en el momento de su constitución (OERTMANN, P., “Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos”, *RDPr* 1929, p. 66). Por ello, tiene razón HUERGO LORA (*Las pretensiones de condena en el Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 242) cuando sostiene que “en el caso de las pretensiones anulatorias, es lógico que el punto de conexión más relevante [para determinar la normativa aplicable al fondo de la pretensión] sea el momento en que se dictó el acto”. En este sentido, afirma con razón MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (“Reserva y autoreserva legales en materia de organización de la Administración del Estado”, *RAP* 92, 1980, p. 227) que “si un Juez es hoy llamado a juzgar de un acto o contrato cualquiera celebrado hace cinco, quince o treinta años tendrá que indagar y aplicar el ordenamiento entonces vigente para poder juzgar sobre su respectiva validez, sin perjuicio de tener en cuenta normas ulteriores que hayan podido incidir favorable o desfavorablemente en sus efectos”.

19 Sobre la diferencia entre el negocio jurídico y la relación jurídica que éste crea, regula, modifica o extingue, pueden verse, entre muchos otros, los trabajos de DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, I, Civitas, Madrid, 1984, reproducción facsímil de la edición original del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de 1949, p. 103, por nota; Díez-PICAZO, L., “Los llamados contratos forzosos”,

acto (ya sea por una pérdida de las condiciones subjetivas u objetivas que justificaron su nacimiento o por una modificación normativa) puede convertir en ilegal la situación o relación jurídica nacida de él, pero ya no puede volver a éste inválido²⁰. En este caso, se produce una «ilegitimidad», entendida ésta como carencia de cobertura jurídica, sobrevinida de los efectos del acto, que justifica su revocación, y no su anulación²¹.

2.1.c. Los grados de invalidez. Las diferencias entre nulidad y anulabilidad. La inexistencia como categoría funcional

Basta abrir cualquier manual al uso para encontrar una clasificación de la invalidez, que distingue al interior de ésta dos grados diferentes: la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, a los que algunos agregan además la inexistencia²². En general, la doctrina más tradicional distingue entre la nulidad y la anulabilidad en virtud del carácter *ipso iure* y *ab initio* de la primera, frente a la necesidad de una decisión judicial expresa en el caso de la segunda. El acto nulo se asimila al acto inexistente, por lo que se considera que ha nacido muerto, negándosele toda posibilidad de producir efectos jurídicos (*quod nullum est, nullum effectum producit*), así como de ser convalidado. En consecuencia, cualquier sentencia que recaiga sobre un acto nulo de pleno derecho será meramente declarativa, y tendrá efectos *ex tunc*, mientras que las sentencias que declaren inválido un acto anulable serán constitutivas y tendrán efectos *ex nunc*, al no destruir los efectos pasados de

un acto que hasta ese momento era válido. Además, la acción para declarar la invalidez de un acto nulo no prescribiría, mientras que en el caso de los actos anulables, sí que estaría sujeta a un plazo, como exigencia del principio de seguridad jurídica²³.

Sin embargo, la pertinencia de recurrir a estas notas diferenciadoras ha sido criticada por un sector doctrinal, importante en el Derecho civil y mayoritario en el Derecho administrativo. Así, en primer lugar, también los actos nulos pueden haber producido efectos jurídicos, que deben ser destruidos. Como explicó claramente JAPIOT hace un siglo, la supuesta ineficacia *ipso iure* del acto nulo es consecuencia de las visiones organicistas, que le atribuían a éste la condición de *nacido muerto*, utilizando para ello una serie de metáforas de gran fuerza expresiva, pero de dudosa corrección jurídica²⁴.

Sin embargo, estas metáforas no podían borrar el hecho de que los actos nulos producían efectos jurídicos, que debían ser destruidos a través de un pronunciamiento judicial, lo que, en palabras de LUTZESCO, al comportar la intervención de los jueces, introducía el caballo de Troya en el seno de esta institución²⁵. En consecuencia, concluirá JAPIOT, como resultado de los vicios del acto surgirá un *droit de critique*²⁶, que permitirá a los interesados atacar y destruir el acto y sus efectos, pero en ningún caso un estado inicial de ineficacia. Los vicios de un acto jurídico y también del acto administrativo hacen de éste un acto inválido y, por tanto, atacable, pero no por ello lo convierten automáticamente en ineficaz

ADC 1959, pp. 101 y ss.; y PÉREZ SERRANO, N., "El nuevo sentido del contrato", *RDPr* 1943, p. 477. Por otro lado, esta diferencia es muy clara en el Derecho canónico, en donde repetidas sentencias establecen que "el matrimonio no es la vida matrimonial, ni los defectos del matrimonio son los defectos o fracasos de la vida matrimonial" (Sentencia del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España de 11 de enero de 2003).

20 En el Derecho administrativo, la noción de invalidez sobrevinida encuentra su origen en la obra de Santi ROMANO ("Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi", en *Scritti minori*, II, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 335 y ss., publicado originalmente en *Scritti in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1937). No obstante, ha sido la propia doctrina italiana la más crítica con su admisión. Así, el carácter «instantáneo» del acto fue puesto de relieve por GASPARRI, P., *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Nistri-Lischi Editori, Pisa, 1939, p. 16; y SCOGNAMIGLIO, R., "Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici", en *Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi*, vol. XXVII, fasc. 1-1, 1951, pp. 85 y ss. Además, se ha insistido en que los nuevos hechos sólo puede afectar a la relación jurídica creada por el acto, no a la validez de éste. En este sentido, DE VALLES, A., *La validità degli atti amministrativi*, CEDAM, Padova, 1986, Ristampa anastatica dell'edizione del 1916, pp. 66 y 67; DI MARZIO, F., *La nullità del contratto*, CEDAM, Padova, 1999, p. 11; GIANNINI, M. S., "Atto amministrativo", en *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 180 y 181; ZANOBINI, G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 8ª edición, 1958, p. 318. En Derecho español defiende actualmente la figura de la invalidez sobrevinida CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevinida...*, cit., *passim*, a partir de negar el carácter instantáneo del acto, lo que permitiría un análisis dinámico de su validez, como condición que se puede perder en el tiempo.

21 Sobre este tema, con más detalle, véase BACA ONETO, V. S., "El carácter necesariamente originario de la invalidez del acto administrativo: exposición y crítica de la noción de invalidez sobrevinida", en *RDUdeP* 6, 2005, pp. 35 y ss.

22 Por todos, para la expresión «grados de la invalidez», aunque no incluyen entre ellos a la inexistencia, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, I, 12ª edición, Civitas, Madrid, 2004, 621. En el Derecho civil, esta vez sí incluyendo a la inexistencia, entre otros, SANTOS BRIZ, J. y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *Tratado de Derecho civil*, III, Bosch, Barcelona, 2003, p. 359.

23 Puede encontrarse un muy buen resumen de las diferencias entre nulidad y anulabilidad tradicionalmente predicadas por la doctrina en el trabajo de DOMÉNECH PASCUAL, G. *La invalidez...*, cit., pp. 96 y ss. También, aunque limitándose al Derecho civil, se puede encontrar una concisa descripción de la teoría clásica respecto a este tema en DIEZ-PICAZO, L., "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", *ADC* 1961, p. 831; y en PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, p. 13.

24 JAPIOT, R., *Des nullités en matière des actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, L.G.D.J., Paris, 1909, pp. 273 y ss. En el mismo sentido GAUDEMET, E., DESBOIS, H., y GAUDEMET, J., *Théorie générale des obligations*, Sirey, Paris, 1965, reimpresión de la edición de 1937, p. 146; LUTZESCO, G., *Teoría y práctica...*, cit., p. 233 y 234; y PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad...*, cit., p. 36.

25 LUTZESCO, G., *Teoría y práctica...*, cit., p. 176.

26 JAPIOT, R., *Des nullités...*, cit., pp. 43, 44, 285.

ni permiten tampoco que sus destinatarios puedan desconocerlo²⁷.

El negocio jurídico nulo no vale como tal negocio, pero ha existido, instalándose en la realidad jurídica en contra del deber ser y produciendo eventualmente, en la práctica, unos efectos que deben ser destruidos. Así, la tradicional afirmación de que *quod nullum est nullum effectum producit*, que se utiliza para negar que el negocio jurídico nulo pueda producir algún tipo de consecuencias jurídicas, debe matizarse, pues “*nullum effectum* no expresa una experiencia real sino un mandato, una sanción de orden jurídico”²⁸. Por tanto, con razón se ha afirmado que “el aforismo clásico «*quod nullum est nullum effectum producit*» habría de ser sustituido por este otro «*quod nullum est nullum effectum producere debet*»”²⁹.

Finalmente, no debemos perder de vista que en el Derecho administrativo uno de los sujetos tiene, en virtud de sus potestades de autotutela, la facultad de exigir y de ejecutar sus actos, sin contar con el consentimiento de sus destinatarios, por lo que su eficacia dependerá de la voluntad de ejecución de la Administración³⁰. Por tanto, si bien la eficacia de los actos nulos de pleno derecho no es una característica exclusiva de aquellos dictados por la Administración, en este caso las probabilidades de

que hayan producido efectos, pese a su invalidez, serán mucho más elevadas.

Por otro lado, tampoco es posible distinguir la nulidad y la anulabilidad en función del carácter de inválido *ab initio* que se predicaría del acto nulo, frente a la condición de válido pero invalidable del acto anulable, y que justificaría el carácter *declarativo* de la resolución que constata la existencia de la primera, frente al carácter *constitutivo* de la sentencia que establece la segunda. Si bien la mayor parte de la doctrina civilista, que es la que se ha ocupado de esta cuestión, sostiene que se trata de un acto válido, en la medida que produce verdaderos efectos jurídicos, pero invalidable³¹; hay quienes afirman que también el acto anulable es inválido desde el principio, pues “en la medida en que el ordenamiento jurídico no le imputa más que un efecto provisional, no le imputa en absoluto el efecto designado como querido”³²,

Y de este modo llegamos al meollo de la cuestión, pues nuevamente se introduce la producción de “efectos jurídicos” como argumento para distinguir entre la nulidad y la anulabilidad, e incluso como criterio para determinar la validez o invalidez del acto: un negocio anulable produce efectos jurídicos, y por tanto es válido pero invalidable, mientras que un negocio nulo no produce efectos jurídicos, por

- 27 Así, pese a la extensión de la cita, estamos de acuerdo con BELADIEZ cuando afirma que “por lo que se refiere a la ineficacia *ipso iure* de la nulidad, es evidente que la posibilidad de producir efectos jurídicos de estos actos depende de las facultades que tenga la persona que se beneficia del acto o negocio nulo para privar de efectos al acto por su propia autoridad. Es claro que por muy nulo que sea un contrato de arrendamiento, si el arrendatario no acepta esa nulidad, ese contrato seguirá surtiendo efectos hasta que un juez declare formalmente su invalidez y, en su caso, desahucie al arrendatario. Por el contrario, en los casos en los que la eficacia del acto depende de la voluntad de la parte que se beneficia con la invalidez, es evidente que ésta, por su propia voluntad, no realizará las obligaciones que el acto o negocio que considere inválido le exige. Por ello, será la parte perjudicada por esta ineficacia la que deberá solicitar que se declare formalmente su validez por la autoridad con competencia para ello, y, en último extremo, caso de que aun así siga sin deducir los efectos que de ese acto o negocio se derivan, exigir judicialmente su eficacia” (BELADIEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación”, *RAP* 133, 1994, cit., pp. 160 y 161)
- 28 LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 37; REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 340. En el mismo sentido, por ejemplo, DIEZ-PICAZO, L., “Eficacia...”, cit., p. 831; y, del mismo autor, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 464 y 465. También puede verse el trabajo de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, p. 175, quien realiza además un profundo análisis histórico del sentido de esta formulación, concluyendo que la negación de cualquier efecto a ciertos actos, sin necesidad de una declaración judicial, es una creación moderna, e insostenible.
- 29 VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., *Principios de Derecho administrativo*, II, 4ª edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 154)
- 30 Al respecto, es más que expresiva la afirmación de SANTAMARÍA PASTOR (*La nulidad...*, cit., p. 172), para quien “todo acto físicamente posible avalado por una voluntad de ejecución posee eficacia en tanto no es privado de ella por un pronunciamiento judicial”.
- 31 Pueden verse, en este sentido, los trabajos de ALBALADEJO “Ineficacia e invalidez...”, cit., p. 611; DE LOS MOZOS, J. L., “La nulidad de los actos jurídicos”, en *El negocio jurídico (estudios de Derecho civil)*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 595; DIEZ-PICAZO, L., “Eficacia...”, cit., pp. 825 y 826; DIEZ-PICAZO, L., “La anulabilidad de los contratos”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, II, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1223; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit., pp. 39 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDÁZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y PARRA LUCÁN, M^o. A., *Curso de Derecho civil (II) Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, 2000, p. 451; PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad...*, cit., pp. 13, 208 y 359, y PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, II, 1, *Teoría general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1954, p. 323.
- 32 DELGADO ECHEVERRÍA, J., “De la nulidad de los contratos”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, M., tomo XVII, vol. 2^o, EDESA, Madrid, 1981, p. 245. También en DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 449; y GUGGENHEIM, D., *L’invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*, L.G.D.J., Paris, 1963, p. 67. Al respecto, es ilustrador reproducir las palabras del propio DELGADO ECHEVERRÍA (“La anulabilidad”, en *ADC*, 1976, p. 1023), quien sostiene, en relación al negocio anulable, que “en todo caso, y sin poner en duda su plena eficacia provisional, nótese que se trata siempre de un negocio viciado *ab origine* (y por ello inválido, en el sentido de que el supuesto de hecho negocial no se adecua perfectamente a lo previsto en el Ordenamiento jurídico): vicio de origen que como *factum* histórico no es borrado ni por la caducidad de la acción de impugnación ni por la confirmación que eventualmente sobrevengan. Es más bien en el plano de la eficacia en el que debe hablarse de su carácter claudicante o amenazado”.

lo que es inválido. Sin embargo, tanto los actos llamados nulos como los anulables pueden producir efectos, que, en los dos casos, no serán jurídicamente protegibles, al existir sujetos legitimados para impugnar o plantear una excepción frente a su exigencia, aunque – y justamente esa será la verdadera distinción entre la nulidad y la anulabilidad – los plazos para recurrir pueden variar según la gravedad del vicio alegado. En realidad, es la invalidez en general, en cualquiera de sus categorías, la que tiene carácter *ab initio*, en tanto se predica del acto, al momento en que éste es dictado.

¿Cuál es entonces el criterio de distinción? Al respecto, existe cierto acuerdo en la doctrina administrativista acerca del criterio de distinción entre la nulidad y la anulabilidad, que sería el carácter imprescriptible de la acción para declarar la primera (o, al menos, sometido a unos plazos mucho más amplios), debido a que la gravedad de los vicios que afectan al acto es tal que hace primar el principio de legalidad sobre el de seguridad jurídica, frente al carácter prescriptible de la acción para declarar la segunda, en donde la seguridad jurídica prima sobre la legalidad³³. Es decir, entre ellas existe una diferencia procedimental, la prescriptibilidad de la acción, pero ésta se justifica por razones materiales, como la gravedad de los vicios³⁴.

En este contexto es que se puede explicar el recurso a la inexistencia, como categoría instrumental que surge para solucionar los vacíos que la regulación de la nulidad y la anulabilidad puede tener en cada ordenamiento jurídico³⁵. Así, esta figura nace como respuesta a la prohibición de las nulidades virtuales en el Derecho civil francés, lo que exigía un mecanismo que sirviera como válvula de escape, que permitiera dar respuesta al problema que planteaban los actos manifiestamente viciados, pero que no estaban expresamente considerados como nulos. Importada al Derecho administrativo, esta categoría cumplió también una función similar, en tanto permitió solucionar los problemas

ocasionados por una regulación en donde el plazo para impugnar un acto o para anularlo de oficio se limitaba a dos meses, sin importar la gravedad del vicio que lo afectara³⁶. Por tanto, la inexistencia sería una noción funcional, que no se define por su contenido, sino porque sirve para obtener los resultados que no permite obtener ninguna noción conceptual³⁷.

2.2. El régimen jurídico de la invalidez en el Derecho administrativo peruano

La LPAG se refiere a la invalidez en dos momentos distintos. En primer lugar, en el Capítulo II del Título I dedica 8 artículos a lo que denomina “nulidad de los actos administrativos”, en donde distingue entre los vicios que denomina de «nulidad de pleno derecho» (art. 10) y los vicios no trascendentes, a

«Aunque en su vertiente más débil, en tanto se necesita del consentimiento del particular, también aquí es posible identificar una potestad administrativa en juego (la distribución de bienes públicos), lo que justificará la existencia de un procedimiento para la formación de la voluntad de la Administración, que se manifiesta a través de actos administrativos»

33 En este sentido, véase por todos, véase SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad...*, cit., pp. 195 y ss.; BELADIEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...”, cit., pp. 163, 164, 170 y 171; DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez...*, cit., pp. 98 y 99; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, III, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 467; y PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las administraciones y del procedimiento administrativo común (Estudios, cometarios y texto de la Ley 30/92, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 283. No obstante, alguna voz se ha alzado para defender que los actos nulos se caracterizarían por su ineficacia *ipso iure*, algo que no se podría predicar de los anulables. En este sentido, véase GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 54 y, en especial, pp. 245 y ss.

34 CANO CAMPOS, “La invalidez sobrevenida de los actos administrativos”, cit., pp. 41 y 42.

35 Véase BACA ONETO, V. S., “La inexistencia. Una noción instrumental necesaria en el Derecho peruano”, publicado en *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2007, pp. 251 y ss.

36 Véase WEIL, P., “Une résurrection: la théorie de l’inexistence en droit administrative”, *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1958, pp. 54. Véase también CHAPUS, R., *Droit administratif général*, I, 14^o edición, Montchrestien, Paris, 2000, p. 992; DE LAUBADÈRE, A., *Traité élémentaire de droit administratif*, I, 3^o édition, L.G.D.J., Paris, 1963, p. 207; LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9^o edición, Sirey, Paris, 1990, pp. 562 a 569; y POYAUD, D., *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1991, pp. 399, 400 y 407. Desde el Derecho civil, DURRY (“L’inexistence, la nullité et l’annulabilité des actes juridiques en droit civil français”, en *Travaux de l’association Henry Capitant des amis de la culture juridique française XIV (1961-1962)*, Dalloz, Paris, 1965, p. 628) sostenía que la inexistencia podía tener utilidad práctica en el Derecho administrativo, pues la posibilidad de impugnar estaba muy limitada en el tiempo.

37 VEDEL, G., “La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administratif”, *Jurisclasser périodique (Semaine juridique)*, 1950, I, 851, § 4 y § 5.

cuya enmienda debe proceder la autoridad que dictó el acto (art. 14). Por otro lado, en el Título III se regulan los mecanismos para declarar la invalidez, distinguiéndose entre los recursos administrativos, a disposición de los interesados para impugnar los actos viciados dentro de unos plazos muy breves, la revisión de oficio *strictu sensu*, por la cual la Administración pública anula sus propios actos y la acción de la Administración para impugnar sus actos inválidos ante el Poder Judicial. Si bien algún autor ha sostenido que en el Derecho peruano el concepto de nulidad no presenta ninguna dificultad³⁸, son muchas las cuestiones que a partir de esta regulación pueden plantearse, como a continuación se verá brevemente.

2.2.a. La validez e invalidez en la LPAG

Según el art. 8 LPAG, es *válido* el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico. Una primera lectura de esta norma podría hacernos pensar que se identifica *validez* con *legalidad*, lo que iría en contra del concepto de invalidez que más arriba ha sido propuesto. Sin embargo, debe tomarse en cuenta antes de llegar a esta conclusión que el «ordenamiento jurídico» no está formado únicamente por las normas formales, sino también por los principios jurídicos, que las completan y permiten interpretarlas. Uno de estos es el mencionado principio de conservación; de modo que aquellos actos que estén afectados por vicios que según este principio sean incapaces de ocasionar su invalidez, serán conformes al ordenamiento jurídico y, en consecuencia *válidos*, tal y como lo establece el art. 8 LPAG. Por tanto, no hay ningún obstáculo para entender aplicable al Derecho peruano nuestra noción de invalidez.

Por otro lado, un acto es eficaz cuando produce efectos jurídicos, lo que según el art. 16 LPAG ocurrirá, como regla general, a partir de la notificación legalmente realizada, salvo en el supuesto de los actos favorables, que se entienden eficaces desde la fecha de su emisión (lo que sirve para enfatizar que desde entonces son irrevocables), salvo que en ellos se indique lo contrario. En todo caso, no debe confundirse la validez con la eficacia (ni la invalidez con la ineficacia, como se ha explicado previamente), pues un acto válido puede no producir aún sus efectos, mientras que un acto inválido puede producirlos, lo que se explica habitualmente por la

presunción de validez que se atribuye a los actos administrativos (reconocida en el art. 9 LPAG), y se justifica por la especial naturaleza del sujeto autor de ellos, que goza de las potestades de autotutela ejecutiva y autotutela declarativa³⁹.

2.2.b. Los mecanismos de anulación y sus consecuencias respecto de la distinción entre nulidad y anulabilidad

En Derecho peruano, la única categoría de invalidez reconocida normativamente es la llamada por el art. 10 LPAG «nulidad de pleno derecho». Esta denominación ha sido objetada por algún autor, para quien la posibilidad de ejecución de los actos administrativos en virtud de la presunción de validez, que ampara incluso a aquellos que estén viciados, obliga al administrado a impugnarlos para anularlos y evitar la ejecución, lo que sería incompatible con la verdadera nulidad de pleno derecho, que por definición no requiere de tal declaración⁴⁰. Compartimos la conclusión de dicho autor (la nulidad de pleno derecho no es realmente tal), aunque no las causas que la justifican, pues como se ha explicado más arriba, los actos nulos no se distinguen de los anulables en función de la producción de efectos o la necesidad de impugnarlos, sino en virtud de su régimen jurídico adjetivo, fundado en la diferente gravedad de los vicios que los afectan.

¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a esa su-puesta «nulidad de pleno derecho»? Por un lado, los particulares solo pueden alegarla (sin importar la gravedad de los vicios) dentro de los muy limitados plazos de recurso (15 días, según el art. 207.2 LPAG), convirtiéndose en inatacables para ellos a partir de entonces, al quedar firmes (art. 212 LPAG). Por su parte, la Administración pública tiene un plazo más amplio para revisar de oficio los actos afectados por los vicios del art. 10 LPAG, pues puede hacerlo, *siempre que se agrave el interés público*, en un plazo de un año, contado desde que el acto haya quedado consentido. Pasado ese tiempo, tan sólo puede demandar la nulidad ante el Poder judicial, dentro de los dos años siguientes contados desde la fecha en que prescribió la facultad para declararla en vía administrativa. En el caso de los Consejos o Tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, la LPAG modificada por el D.Leg. 1029, establece una regulación especial, de

38 Véase nota 4.

39 La vinculación entre la presunción de validez de los actos administrativos y los efectos que éstos pueden producir pese a estar afectados por vicios de nulidad de pleno derecho constituye una afirmación común en la doctrina, como lo ha mostrado REBOLLO PUIG, M., «La presunción de validez», *REDA* 128, 2005, pp. 587 y ss. Sin embargo, no se trata de una postura unánime, pues no pocos autores fundamentan la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos en la autotutela administrativa; es decir, se justificarían por las peculiaridades de su autor y no por las características de sus actos, que derivarían de aquéllas. Al respecto, véase BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, cit., pp. 92 y ss.

40 ROJAS LEO, J. F., «¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo Derecho administrativo en el Perú? Reflexiones en torno a la próxima entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General», en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, ARA editores, Lima, 2001, p. 132.

acuerdo a la cual pueden revisar de oficio sus actos, siempre que tomen la decisión de modo unánime, en el plazo de un año. Además, pueden acudir al Poder judicial para que éste declare la invalidez dentro de los tres años de notificada la resolución; de modo que esto sería posible tanto dentro del primer año, cuando no se cuente con unanimidad para declarar la invalidez de oficio, como cuando ha prescrito el plazo para ejercer dicha potestad.

Es decir, en el Derecho peruano los particulares sólo pueden obtener una declaración de validez en un brevísimo plazo de tiempo. La Administración, en cambio, puede hacerlo de oficio en un plazo más amplio, siempre que el acto además agrave el interés público, lo que determina que se trate de una potestad discrecional⁴¹, como también lo es el interponer la acción contencioso-administrativa una vez vencido el plazo de un año, a través de una figura que con razón se ha equiparado a la lesividad, prevista en el Derecho español⁴². No obstante, y aquí radica la clave de la cuestión, *la lesividad es una técnica prevista para los supuestos de anulabilidad*, en donde el vicio no es tan grave que exija la anulación, de modo que se le otorga la facultad de decidir entre anular o no, algo que no ocurre en los casos de nulidad de pleno derecho. Además, también es propio de la anulabilidad que el particular pueda interponer sus recursos sólo en un limitado margen de tiempo, porque, como se ha indicado líneas arriba, en estos casos se otorga preferencia al principio de seguridad jurídica.

Por tanto, resulta que a la «nulidad de pleno derecho» se le aplica un régimen jurídico más bien propio de la «anulabilidad»⁴³. ¿No será porque es ésta la figura que nuestro ordenamiento, *realmente*, recoge? La «anulabilidad» se encuentra escondida tras la «nulidad de pleno derecho», aunque algunos autores han creído encontrarla en el reconocimiento que hace el art. 14 LPAG de los vicios no trascendentes, respecto a los cuales prevalece la conservación del acto, debiendo proceder ser enmendados por la propia entidad emisora⁴⁴. Sin embargo, no compartimos esta posición: los vicios

«no trascendentes» son aquellos que, justamente por su poca importancia, no producen la invalidez, pues tal cosa implica la prevalencia del principio de conservación *strictu sensu*.

2.2.c. La conveniencia de introducir la inexistencia en el Derecho peruano

En realidad, una de las razones que justifica el régimen vigente en el Derecho peruano es la ausencia de cualquier distinción entre los vicios (trascendentes) más graves y menos graves, que justifique la aplicación de un régimen jurídico distinto a los primeros, donde el principio de legalidad prime sobre la seguridad jurídica. Así, el art. 10 LPAG contempla indistintamente como supuestos de «nulidad de pleno derecho» cualquier vulneración a una norma reglamentaria y la imposibilidad jurídica o la incompetencia territorial con la jerárquica. Claro está, no tendría sentido pretender una acción de nulidad no sometida a plazo en todos los supuestos del art. 10 LPAG, pero su ausencia total nos lleva a preguntarnos si se puede reaccionar de alguna manera cuando el vicio resulte especialmente grave. De allí que en algún trabajo previo nos hayamos pronunciado a favor de la utilización de la categoría de la inexistencia, como categoría funcional, que nos permitiría solucionar un problema muy parecido al que hemos visto existía en Derecho francés, a través del mismo método en él utilizado⁴⁵.

3. LA ANULACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA LCE Y SU REGLAMENTO

La LCE ha mantenido el esquema básico de la legislación previa, de modo que es preciso distinguir entre la invalidez «hasta la suscripción del contrato» y la invalidez «luego de la suscripción del contrato», pues cada una de ellas puede alegarse en una vía procedimental diferente. En el primer caso, los postores no adjudicatarios pueden utilizar el recurso de apelación, mientras que en el segundo las partes del contrato, que son los únicos vinculados por sus cláusulas, deben solucionar sus controversias mediante el arbitraje.

41 GUZMÁN NAPURI, C., «La nulidad de oficio de los actos administrativos», *Gaceta Jurídica* 139, 2005, p. 177. Por su parte, son muy interesantes las reflexiones de PANDO VILCHEZ («El plazo de prescripción en la nulidad de oficio: ¿necesidad jurídica o imperfección legislativa?», en *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2007, p. 192), para quien la valoración del «interés público» que justifique la revisión de oficio le debería haber correspondido al legislador, justificándose en la gravedad del vicio, y no a la Administración al momento de resolver sobre la invalidez.

42 GUZMÁN NAPURI, C., «La nulidad de oficio...», cit., p. 179; y ROJAS LEO, J. F., «¿Hemos encontrado el rumbo...», cit., p. 134.

43 Algún otro autor ha puesto de manifiesto la aproximación del régimen de la supuesta nulidad regulada en nuestro Derecho al de la anulabilidad, en virtud de la limitación temporal a la que se somete la potestad de revisión de oficio (PANDO VILCHEZ, J., «El plazo de prescripción...», cit., p. 196). Se trata de una posición en cierto modo coincidente con la nuestra, aunque existe alguna diferencia, pues PANDO VILCHEZ entiende que todos los vicios del art. 10 LPAG son verdaderamente supuestos de vicios graves, que reclaman la imprescriptibilidad del ejercicio de la potestad anularlos; mientras que nosotros entendemos que en algunos casos este reclamo estará justificado y en otros no.

44 DANÓS ORDOÑEZ, J., «Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general», en *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, 2ª parte, Ara Editores, Lima, 2003, pp. 229 y ss. y 247 y ss.; y ROJAS LEO, J. F., «¿Hemos encontrado el rumbo...», cit., p. 131.

45 Véase BACA ONETO, V. S., «La inexistencia...», cit., p. 260.

3.1. La anulación antes de la suscripción del contrato y el recurso de apelación

3.1.a. La evolución legislativa reciente de los recursos en materia contractual

Como bien se ha explicado, el procedimiento de impugnación de los actos previos a la suscripción del contrato ha sufrido numerosos vaivenes⁴⁶. Las razones de estos cambios son variadas, pero se resumen en la necesidad de satisfacer necesidades que no siempre exigen actuar en la misma dirección. Así, por un lado, se ha consagrado el carácter suspensivo del recurso, para evitar en la medida de lo posible que tenga que anularse un contrato ya suscrito y en ejecución, pero esto exige que aquél sea resuelto en el plazo más breve posible, para evitar excesivas demoras, debido al interés público subyacente en el contrato. Además, se busca el control de la contratación pública por un órgano especializado y distinto del adjudicatario, pero también se debe evitar el colapso de aquél por la acumulación de procedimientos de impugnación. Finalmente, debe también garantizarse que los recursos sean «serios», no dirigidos únicamente a dilatar el procedimiento, pero al mismo tiempo es preciso no afectar el derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados.

En Perú desde hace ya varios años se ha hecho realidad un viejo deseo existente en otros países, al existir un órgano encargado de supervisar la contratación estatal, no sólo con facultades consultivas, sino la potestad de resolver los conflictos entre postores y Administración⁴⁷. En un primer momento, el CONSUCODE conocía, como segunda instancia, de los recursos de revisión, planteados frente a la respuesta a un previo recurso de apelación, resuelto por el titular del pliego o la máxima autoridad ad-

ministrativa de la entidad que convocó al proceso (Ley N° 28650, Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, LCAE), cuando se tratara de un concurso o de una licitación pública, nulidades de oficio o denegatorias fictas de recursos en casos de adjudicaciones directas o de menor cuantía. Sin embargo, este procedimiento de impugnación era demasiado lento y complejo, lo que constituía un grave inconveniente, debido al carácter suspensivo automático que se le reconoció desde el principio a los recursos en esta materia (artículo 55° LCAE)⁴⁸. Además, en tanto eran impugnables cada uno de los actos del procedimiento de selección de contratistas (salvo las bases, cuya validez se discutía mediante un mecanismo especial), éste a veces se perdía en una maraña de recursos, que alargaban hasta el extremo el trámite, en contra del interés público que pretendía satisfacerse.

Por tanto, este régimen fue objeto de dos importantes modificaciones. La primera se produjo con el Decreto Supremo N° 148-2006-EF, de 23 de septiembre de 2006, que modificó el artículo 153° RLCAE, estableciendo que “la apelación contra los actos o actuaciones que se produzcan desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro inclusive, debe ser interpuesta dentro de los ocho (8) días siguientes de haberse otorgado la buena pro”. Así, el recurso de apelación sólo podía interponerse una vez otorgada la buena pro, ya sea alegando los vicios de ésta o de cualquier acto de trámite que hubiera afectado la validez. La Ley N° 28911 mantuvo y profundizó esta línea, al establecer a nivel legal que el recurso de apelación sólo podía interponerse una vez otorgada la buena pro, ya sea alegando los vicios de ésta o de cualquier acto de trámite que hubiera afectado la validez de ésta (artículo 54° TUO-LCAE). Si la regla general es que los vicios de los actos de trámite pueden

46 Véase al respecto el completo resumen de esta evolución que hace MARTÍNEZ ZAMORA, M. A., “El régimen de impugnaciones en la nueva Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado. Las variantes sobre la forma de disputar un proceso de selección conforme al Decreto legislativo N° 1017”, en *RJP* 90, 2008, pp. 123 y ss.

47 Así, por ejemplo, en Derecho español son numerosos los autores partidarios de atribuirles a un órgano especial e independiente el conocimiento de los recursos administrativos en materia contractual. En este sentido, por ejemplo, FONT I LLOVET, T., “Control jurisdiccional de la selección de contratistas”, en *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coord. COSCULLUELA MONTANER, L., Civitas, Madrid, 2003, pp. 1467; GIMENO FELLÚ, J. M., *El control de la contratación pública. Las normas comunitarias y su adaptación en España*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 97 y ss.; y TORNOS MÁZ, J., “Medios de resolución de conflictos en la contratación administrativa: Agencias independientes, arbitraje y acción por inactividad”, en *La contratación pública en el horizonte de la integración europea, V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2004, p. 80. Sin embargo, otros autores, como REBOLLO PUIG (“La invalidez de los contratos administrativos”, en *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, coord. CASTILLO BLANCO, F., CEMCI, 1996, p. 392), se habían pronunciado en contra de la introducción de vías que se dirijan específicamente a controlar la actividad administrativa contractual.

48 Al ser automática la suspensión a partir de la interposición del recurso administrativo en materia contractual, nuestra legislación ha evitado, al menos en gran parte, uno de los problemas más graves que se presentan en otras latitudes en esta materia, en donde no es tan fácil lograr una adecuada tutela cautelar. Ese era el caso español, en donde la primacía del interés público en ejecutar el contrato sobre el interés particular del postor impugnante hacía que no se concedieran las medidas cautelares solicitadas, de modo que muchas veces el contrato ya estaba en ejecución o incluso plenamente ejecutado cuando se resolvía el recurso. En este sentido, por todos, véase BAÑO LEÓN, J. M., “Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa”, en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, 1999, pp. 269 y ss. Con el presumible afán de solucionar este problema, la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, le ha atribuido carácter suspensivo al recurso especial en materia de contratación por ella introducido. No obstante, esta solución no es completa, en tanto ese recurso no se puede plantear en todos los contratos públicos, a diferencia del Derecho peruano, en donde sí es posible hacerlo siempre.

alegarse cuando estos se dictan (siempre que sean actos de trámite cualificados, claro está) y también cuando se dicte el acto definitivo⁴⁹, en el ámbito contractual se ha excluido expresamente la primera posibilidad.

La intención de esta modificación fue agilizar el procedimiento de contratación, aunque la forma en que se llevó a cabo no quedó libre de algunas críticas, pues de acuerdo al texto literal del TUO-LCAE luego de su modificación, sólo procedía el recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro y no contra aquellos actos distintos o posteriores a aquél que pudieran ser impugnados, como la cancelación o la declaración de desierto. No obstante, este problema fue en cierto modo resuelto por la redacción del artículo 151° RLCAE antes de ser modificado por el Decreto Supremo N° 028-2007-EF, del 3 de marzo del 2007 y del artículo 149° RLCAE a partir de la aprobación de dicha norma, de acuerdo a la cual mediante el recurso de apelación “se impugnan los actos administrativos dictados durante el desarrollo del proceso de selección, desde la convocatoria hasta aquellos emitidos antes de la celebración del contrato”. Probablemente el objetivo de la Ley N° 28911 fue excluir del recurso a la propia celebración del contrato, lo que, como veremos luego, ocasiona otras complicaciones, pero además pusieron en duda la impugnabilidad administrativa de ciertos actos distintos al otorgamiento de la buena pro, ya que si bien podían ser objeto de recurso según el reglamento, siempre quedaba cierta duda sobre estas disposiciones, en tanto iba directamente contra el texto expreso de la ley.

Por otro lado, la segunda modificación de importancia al TUO-LCAE fue la eliminación de la doble instancia de impugnación, de modo que a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 28911 únicamente había un recurso, el de apelación, que era siempre resuelto por el CONSUCODE. La intención de esta norma fue evitar la disparidad de criterios existentes entre las distintas Administraciones, y centralizar ante un único órgano especializado todos los contenciosos contractuales. Sin embargo, lo que produjo fue el colapso del Tribunal de CONSUCODE, debido al aumento exponencial de la carga procesal, no suficientemente compensada por el aumento de las salas.

3.1.b. El régimen vigente a partir de la LCE.

3.1.b.1. La regulación de los mecanismos de impugnación en la LCE: un único recurso, que se presenta luego de otorgada la buena pro, ante dos posibles órganos, de acuerdo a un criterio económico.

En este contexto fue dictada la LCE, la cual ha pretendido corregir algunas de las deficiencias antes reseñadas. Así, en su artículo 53° introduce nuevamente la previsión según la cual “mediante el recurso de apelación se podrán impugnar los actos dictados desde la convocatoria hasta antes de la celebración del contrato”, solucionando el problema creado por la Ley N° 28911. No obstante, mantiene la inimpugnabilidad independiente de los actos de trámite del proceso de selección de contratistas, pues deberá esperarse hasta el otorgamiento de la buena pro para presentar el recurso de apelación. La utilidad de esta disposición está estrechamente vinculada al reconocimiento de la potestad del órgano encargado de resolver el recurso no sólo para anular el acto inválido, sino también para adjudicar la buena pro, cuando tenga elementos de juicio suficientes (artículos 114° y 119° RLCE). Sin embargo, en algunos casos esta norma puede provocar un efecto contrario al buscado, pues si la resolución únicamente se limita a declarar la nulidad del acto y ordena retrotraer el procedimiento a un momento anterior, se habría perdido tiempo al no permitir impugnar este acto previamente.

Por otro lado, la LCE ha mantenido un único recurso, llamado recurso de apelación, pero ha distinguido entre los órganos encargados de conocerlo, dependiendo del monto económico del contrato. Así, cuando éste supere las 600 UITs, será competencia del Tribunal del OSCE, mientras que cuando esté por debajo de dicho monto, lo resolverá el titular de la propia entidad contratante. La finalidad de esta modificación es, obviamente, reducir la carga del OSCE, pero también introduce una diferencia que puede ser perjudicial para el postor impugnante, en tanto es menos probable que la propia entidad acepte su pretensión, anulando la decisión que hubiera tomado el Comité Especial. Además, es evidente el riesgo de que existan soluciones distintas e, incluso, contradictorias para casos similares, según los criterios de cada una de las Entidades contratantes, que pueden ser muchos. Sin embargo, la solución no pasa necesariamente por una total descalificación del sistema existente, aunque sí es del todo imprescindible atribuirle un carácter vinculante al menos a cierta jurisprudencia del OSCE, que permita establecer algunas reglas claras para todas las Administraciones públicas y los contratistas, en aras de alcanzar una mayor seguridad jurídica⁵⁰.

Además, la LCE ha establecido que “para definir la instancia que resolverá los recursos impugnativos que se interpongan en los procesos de selección en los que participen proveedores que provengan de países con los que la República del Perú tuviera vigente un tratado o compromiso internacional que

49 GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 342 y ss.

50 BERAMENDI GALDÓS, G., “La impugnación en la contratación pública, ¿corsi e recorsi?”, en *RJP* 91, 2008, p. 152.

incluya disposiciones sobre contrataciones públicas, se aplicarán, de ser el caso, los criterios establecidos en las mismas” (décimo tercera DTF). En supuesta aplicación de la ley y de los tratados mencionados, el artículo 104º RLCE ha establecido que el Tribunal “será competente para conocer y resolver las controversias que surjan en los procesos de selección de las contrataciones que se encuentren bajo los alcances de tratados o acuerdos internacionales donde se asuman compromisos en materia de contratación pública”. Es decir, en estos casos, incluso cuando el monto del contrato esté por debajo de las 600 UITs, será competente el Tribunal del OSCE, lo que introduce una distinción notable respecto de otros contratos donde no es aplicable esta norma.

Como veremos a continuación, esta regulación presenta algunos problemas al aplicarse, pero antes cabe plantearse si realmente era una exigencia de estos tratados, a los que nos reenvía la LCE, reconocer en exclusiva la competencia del Tribunal del OSCE para conocer de todos los recursos de apelación planteados en estos casos. Al respecto, podemos utilizar como modelo el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (TLC-EUA), según cuyo art. 9.11 “Cada parte establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial que sea independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a la aplicación por una entidad contratante de las medidas de una parte que implementen este capítulo y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante u órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación”.

Así, de acuerdo al TLC con Estados Unidos, no es necesario que un órgano independiente conociera en vía administrativa de los recursos planteados en materia contractual, pues basta que la decisión de la propia entidad sea apelable ante los jueces. En consecuencia si, por ejemplo, se hubiera mantenido aplicable para todos los contratos el régimen general, según el cual los recursos de apelación en contratos por debajo de 600 UITs son resueltos por la entidad contratante, se hubiera respetado el TLC-EUA y lo dispuesto por la décimo tercera DTF, en tanto siempre es posible acudir al Poder judicial

a través del proceso contencioso administrativo⁵¹. Por tanto, nada en la ley o en los tratados exigía que el RLCE enviara estos recursos al Tribunal del OSCE. Por tanto, cabe preguntarse si, ya que no era la única posible, al menos es una solución adecuada, en la medida que remedia más problemas de los que crea.

Al respecto, coincidimos plenamente con quienes han manifestado su preocupación por esta normativa, que introduce una discriminación para el contratista nacional⁵² y además deja muchos interrogantes sobre su aplicación⁵³. Así, tanto la LCE como el RLCE establecen que estas reglas especiales serán aplicables a los procesos de selección en los que participen proveedores de países con los que el Perú tuviera vigente algún tratado. Es decir, no dice que son aplicables únicamente a los recursos planteados por dichos proveedores, sino a los procedimientos, en los cuales pueden participar también postores nacionales. En ese caso, ¿pueden acudir ellos también al Tribunal del OSCE o deben acudir ante la propia entidad cuando el monto del contrato esté por debajo de las 600 UITs? Más complejo puede ser aún el tema de los plazos, pues los TLC con Estados Unidos y con Canadá establecen un plazo de impugnación de 10 días, distinto del contemplado en el artículo 107º RLCE para la interposición del recurso de apelación, incluso en el mejor de los casos ¿significa esto que unos postores tendrán un plazo mayor que otros para impugnar? ¿Cuál debe tomarse en cuenta para suscribir el contrato? Por tanto, parece que lo mejor sería establecer un régimen jurídico único, con un único plazo para todos –que tendría que ser el establecido

«La verdadera sanción, en tanto se relaciona con las consecuencias que se ligan a esa disconformidad entre la norma y el acto, es la ineficacia, que es la no producción de efectos, o destrucción de aquellos ya producidos, por el acto inválido»

51 En realidad, el TLC con los Estados Unidos no establece algo distinto a lo dispuesto por el acuerdo plurilateral sobre contratos públicos celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio (Ronda Uruguay), cuyo art. XX inciso 6 recomienda la existencia de un tribunal u órgano imparcial e independiente, pero exige que las resoluciones de cualquier órgano que no reúna estas características sean susceptibles de impugnación judicial.

52 VERGARAY D'ARRIGO, G., “El régimen impugnativo en la nueva Ley de Contrataciones del Estado”, *Revista Jurídica del Perú* 92, 2008, p. 190.

53 TRIVIÑO DAZA, D., “Los problemas de las apelaciones en la Ley de contrataciones del Estado. El Proyecto de reglamento y los tratados de libre comercio”, en *RJP* 91, 2008, pp. 140 y ss.

en los Tratados, al no poder desvincularse el Perú a través de su Derecho interno⁵⁴— y un recurso de apelación sometido a las mismas reglas, incluso a las que distinguen entre las entidades encargadas de resolverlo.

3.1.b.2. La exigencia de una garantía de seriedad del recurso y su más que probable inconstitucionalidad

Siguiendo la línea de las normas que la precedieron, la LCE ha mantenido la exigencia de una garantía de seriedad del recurso, aunque ha ampliado considerablemente su monto, que ahora es del 3% del valor referencial, sin que pueda ser menor en ningún caso al 50% de una UIT. Esta garantía ha sido considerada como “una especie de prohibición de facto para impugnar”⁵⁵ o como “una seria barrera para el ejercicio del derecho de impugnación”⁵⁶. Sin embargo, no se ha extraído la consecuencia lógica de estas afirmaciones. Así, conviene recordar lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, famosa por reconocer la potestad de control difuso de la constitucionalidad de las leyes a la Administración pública, pero que también niega, con calidad de precedente, que puedan cobrarse «derechos por impugnación», en tanto iría en contra del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución, y el derecho de defensa, previsto en el artículo 139.4 de la misma norma, el derecho de petición y el derecho a la tutela jurisdiccional. Evidentemente, la «garantía» del artículo 53° LCE no es formalmente una tasa, pues se recupera en caso se gane el recurso, pero sus efectos disuasorios son muy similares, sino idénticos, a los de aquélla, siéndole perfectamente aplicables los argumentos esgrimidos por el Tribunal constitucional en la sentencia citada.

3.1.b.3. El contenido del pronunciamiento del órgano encargado de resolver: ¿revocación o anulación?

Finalmente, para acabar con este epígrafe, es preciso hacer una última aclaración, pues los artículos 114° y 119° RLCE establecen que la Entidad o el Tribunal del OSCE «revocará» la decisión cuando se declare fundado el recurso. Al respecto, cabe indicar que si bien algunos autores utilizan la expresión «revocar» en un sentido muy amplio, que incluiría

a la «anulación de oficio»⁵⁷, es más conveniente distinguirlas. Así, generalmente se ha pretendido hacerlo a través de la dicotomía «motivos de legalidad», propia de la anulación, versus «motivos de oportunidad», característicos de la revocación⁵⁸. Sin embargo, como hemos sostenido en otra parte, en tanto la revocación puede producirse también por ilegalidad, cuando es sobrevenida, es más correcto decir que la anulación se produce cuando el acto es inválido y afecta al propio acto, mientras que se recurre a la revocación cuando por cualquier razón, ya sea de legalidad o de oportunidad, es preciso extinguir las consecuencias jurídicas del acto, que son las que permanecen una vez que ha sido dictado⁵⁹. Por tanto, no es correcto decir que el acto se «revoca» cuando se acepte el recurso, porque en realidad se anularía.

3.2. La anulación luego de la suscripción del contrato

Una vez suscrito, el régimen jurídico de la declaración de invalidez cambia radicalmente. Así, la regla general es que cualquier cuestionamiento de los contratos ya perfeccionados, incluidos los referidos a su validez, se debe realizar a través del arbitraje (artículo 52° LCE). Sin embargo, esta anulación puede producirse también de oficio, por la propia Entidad, en los supuestos previstos en el artículo 56° LCE, y también como consecuencia de una sentencia judicial, que puede dictarse cuando el contrato ya está suscrito, al haberse agotado la vía administrativa.

3.2.a. El arbitraje y la invalidez de los contratos públicos regulados en la LCE

3.2.a.1. La arbitrabilidad de la invalidez de los contratos

Como se ha indicado, son numerosas las referencias que la LCE hace al arbitraje, que ha sido establecido como el mecanismo para solucionar las controversias surgidas en torno a la validez de un contrato ya suscrito. Al respecto, cabe recordar que generalmente el arbitraje se ha reservado para aquellos casos en donde están en juego únicamente cuestiones patrimoniales, especialmente respecto de la ejecución de los contratos públicos, excluyéndose aquellas materias en donde está en juego el ejercicio de potestades administrativas, al

54 *Ibidem*, pp. 149 y 150.

55 MARTÍNEZ ZAMORA, M. A., “El régimen de impugnaciones...”, cit., p. 132.

56 BERAMENDI GALDÓS, G., “La impugnación...”, cit., p. 152.

57 Así, por ejemplo, en tal sentido emplea el término GONZÁLEZ PÉREZ en su conocido trabajo “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, *RAP* 1, 1950, pp. 149 y ss. Dicho concepto amplio es usado también por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso...*, I, cit., pp. 658 y ss.), para quienes la revocación es la retirada definitiva por la Administración de un acto anterior por otro de signo contrario, ya sea por motivos de legalidad o por razones de oportunidad.

58 Por todos, véanse las monografías de BOCANEGRA SIERRA, R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid, 1977, pp. 210 y ss.; y de SALA ARQUER, J. M., *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, IEA, Madrid, 1974, pp. 27 y ss.

59 Véase al respecto BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, cit., pp. 272 y ss.

considerarse éstas como materias indisponibles⁶⁰. En consecuencia, generalmente se excluye del arbitraje el «contencioso sobre la legalidad» de los actos administrativos, reservándose esta materia a órganos administrativos o al Poder Judicial⁶¹.

Así, según el artículo 1° de la derogada Ley N° 26573, General de Arbitraje, solamente podían someterse a arbitraje las controversias sobre las que las partes tengan facultad de libre disposición. Extrañamente, dicha norma establecía, como una excepción a dicha regla, que no podían arbitrarse “las [controversias] directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de Derecho público”. El error de dicha disposición es que en realidad las excepciones contempladas en ella no eran tales, sino más bien aplicación de la regla general de arbitrabilidad, pues si las controversias sobre el estado civil, las que interesan al orden público o las que se refieran al ejercicio de potestades administrativas no son arbitrables es justamente porque versan sobre materias indisponibles⁶².

En la nueva Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071 (NLA) ha desaparecido la expresa mención a las controversias que se refieran al ejercicio de potestades públicas como no arbitrables. Sin embargo, esto no significa que las materias expresamente excluidas del arbitraje por la ley derogada sean ahora arbitrables. De lo contrario, serían arbitrables las controversias que versan sobre el estado o capacidad civil de las personas, aquellas sobre las que ha recaído sentencia judicial firme o las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas, lo que constituiría seguramente una ampliación excesiva del ámbito de la institución arbitral. En realidad, en tanto la

NLA sigue excluyendo del arbitraje las materias indisponibles, las arriba mencionadas siguen sin ser arbitrables, como tampoco lo sería, por la misma razón, el ejercicio de funciones administrativas.

Esta conclusión se desprende también del artículo 2.2 NLA, pues de acuerdo a esta norma en un arbitraje internacional el Estado no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas de un Tribunal arbitral. Si bien esto puede significar que en arbitrajes internacionales no existe materia indisponible para el Estado, por lo que en ningún caso podrá alegar lo dispuesto por el artículo 74.3.a NLA y negarse a la ejecución del laudo; a *contrario sensu* implica que en los arbitrajes nacionales dichas prerrogativas existen, de modo que hay materias no susceptibles de arbitraje. Al mismo resultado se llega a partir de la lectura del artículo 4° NLA, que limita el arbitraje del Estado peruano a las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados por éste. Además, esta norma debe ser leída de acuerdo al artículo 62° de la Constitución, según el cual serán arbitrables las controversias derivadas de la *relación contractual*, lo que generalmente ha sido interpretado de modo que se limita a aquéllas de alcance patrimonial.

Por tanto, como regla general seguirían siendo no arbitrables las materias vinculadas al ejercicio de potestades públicas. Cuando la Administración suscribe un contrato, es justamente eso lo que está haciendo⁶³, al distribuir bienes a los que todos tienen igual derecho a optar, por lo que someter a arbitraje las controversias sobre su validez sería abrirle al arbitraje las puertas del contencioso sobre la legalidad. No obstante, debemos advertir también que la prohibición de arbitrabilidad a la que se ha

60 Sobre esta cuestión, véase BACA ONETO, V. S., “Los medios «alternativos» de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (En especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado), en *Lima arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, 1, 2006 (<http://www.limaarbitration.net/>), pp. 239 y ss. Sobre la ejecución e interpretación de los contratos públicos como ámbito natural y único del arbitraje en materia administrativa, véase también HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 197 (aunque este autor - pp. 203 y ss. - expresa grandes reservas para admitir el arbitraje en cuestiones jurídico administrativas, reservando esta técnica a supuestos excepcionales, como las grandes inversiones o proyectos de dimensión internacional); TORNOS MÁS, J., “Medios complementarios a la resolución judicial de los conflictos administrativos”, *RAP* 136, 1995, p. 176; TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, *RAP* 143, 1997, p. 95. Por su parte, ROSA MORENO (*El arbitraje administrativo*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 108 y ss.), admitiendo la aplicación del arbitraje a las materias contractuales, entiende que también sería aplicable en todos los litigios que versen sobre determinación de cantidad (como la expropiación forzosa o la responsabilidad patrimonial de la Administración) y en el ejercicio de potestades discrecionales. Sin embargo, HUERGO LORA (*La resolución extrajudicial...*, cit., pp. 198 y ss.) se pronuncia en contra de la admisibilidad del arbitraje en este último supuesto, pues la discrecionalidad habría existido antes de la toma de la decisión, y no cuando ésta es objeto de litigio. También en contra de que sea posible recurrir al arbitraje cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales, porque la Administración tampoco en este caso dispone de autonomía de la voluntad, SANZ RUBIALES, I., “Algunos problemas de la regulación de los Contratos Públicos en el Derecho peruano”, en *Derecho administrativo*, Jurista Editores y Asociación peruana de Derecho administrativo, Lima, 2004, pp. 657 y 658.

61 En este sentido, por ejemplo, JARROSSON, Ch., «L'arbitrage en droit public», *L'actualité juridique du Droit administratif* 1997, p. 20, citado por HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial...*, cit., p. 175; y PATRIKIOS, A., *L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, Paris, 1997, p. 198.

62 Aunque no siempre con los mismos alcances, la limitación del arbitraje al ámbito de disponibilidad es reconocido generalmente por la doctrina. Así, por ejemplo, Por todos, véase CASSESE, S., «L'arbitrato nel diritto amministrativo», *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2-1996, pp. 324 y ss.; y ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 78 y 79.

63 Véase nota 8. En contra, BOCANEGRA SIERRA, R., “El concepto de acto administrativo”, *RGDAI* 2, 2003, p. 16.

hecho referencia tiene rango legal, y la propia NLA establece en su artículo 2.1. que “pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”. Es decir, de acuerdo al texto literal de la norma, cabe entender que son arbitrables las materias que, sin ser de libre disposición, sean consideradas como tales por algún tratado o por una norma con rango de ley, como ocurriría en materia contractual. Si bien es normativamente admisible, esto no elimina las críticas a la admisión indiscriminada al arbitraje en materia contractual, especialmente respecto al cuestionamiento en vía arbitral del acto por el cual se anula de oficio un contrato, como veremos más adelante.

3.2.a.2. Los vicios alegables en arbitraje (un nuevo argumento a favor del reconocimiento de la figura de la verdadera nulidad de pleno derecho en Derecho peruano).

Por otro lado, cabe preguntarse cuáles pueden ser las razones que llevan a plantear en arbitraje la invalidez de un contrato ya suscrito. Simplificando la cuestión, puede pretenderse la anulación alegando vicios en la voluntad de la Administración, en la voluntad del contratista y en el contenido del contrato, y puede hacerlo cualquiera de las partes del contrato.

Así, por ejemplo, el contratista podría alegar ciertos vicios procedimentales, que convertirían en inválida a la voluntad administrativa y, por tanto, al propio contrato. Pero, ¿acaso no debía hacerlo únicamente en el plazo para recurrir? De permitírsele cuestionar la invalidez del contrato en vía arbitral, amparándose en cualquier vicio del procedimiento, se estaría haciendo una excepción al carácter preclusivo del plazo para recurrir, pues un vicio no alegado a tiempo podría ser invocado después, siempre y cuando el contrato ya estuviera formalizado. Algo similar ocurre con la invalidez debida a vicios del contenido del contrato, pues ¿no está éste en las bases? ¿Y no fueron éstas ya parte integrante del procedimiento de selección, y pudieron ser cuestionadas por los contratistas dentro del plazo para plantear observaciones? Así, si bien de acuerdo a nuestra legislación, una vez integradas las bases, éstas ya no pueden ser cuestionadas por los postores⁶⁴, sería preciso aceptar que éstas volverían a ser discutibles, ahora en vía arbitral, una vez suscrito el contrato, cuya invalidez se pone en tela de juicio.

«La consecuencia inmediata de la invalidez es la ilegitimidad originaria de los efectos del acto, que ya no gozan de cobertura jurídica»

El contratista tiene así una posición privilegiada, que le permite argüir irregularidades que en su momento no había planteado, pese a haber tenido oportunidad para hacerlo, como todos los demás postores. No obstante, nadie le negaría este derecho, reconocido en la propia legislación. Esto obliga a volver sobre la cuestión de la fugacidad de los plazos establecidos para declarar la invalidez en Derecho administrativo, que en algunos casos – como éste – deben de ceder ante la necesidad de permitir alegar los vicios que afecten al contrato. Así, el vicio no se «convalida» por el transcurso del plazo de impugnación ni desaparece por tanto la invalidez, sino que puede ser utilizado como fundamento para anular el contrato, incluso más allá del plazo de recurso administrativo.

Lejos de solucionarlas, este reconocimiento hace surgir nuevas complicaciones, pues la normativa no establece plazo alguno para poder alegar la invalidez del contrato ya suscrito. ¿Quiere decir esto que no existe ninguna limitación temporal? La LCE no la establece expresamente, por lo que debe buscarse en otras normas, que según el artículo 29° LCE serían, en primer lugar, los principios y normas de Derecho público que sean aplicables. Es decir, habría que buscar primero la solución en la LPAG, que ya sabemos establece que sólo en el plazo de recurso puede anularse un acto a pedido de parte. Por tanto, nada se soluciona con su aplicación supletoria, pues habría que entender que sólo cabe alegar la invalidez durante quince días (como mucho) de suscrito el contrato, lo que evidentemente no es la intención del legislador ni tampoco se adecúa a las características de los contratos públicos, mediante los cuales se crea un vínculo de recíprocas obligaciones que pueden exigirse a lo largo del tiempo, con la consiguiente posibilidad de negarse a cumplirlas alegando la invalidez del acto que las creó.

Es necesario volver los ojos entonces hacia el Derecho civil, donde el artículo 2001° del Código Civil

64 No obstante, el Tribunal de CONSUCODE (ahora OSCE) en algún ocasión ha sostenido que “debe tomarse en cuenta que sostener que las bases no pueden ser cuestionadas luego de precluidas las etapas de consultas y observaciones no es lo adecuado, pues trae implícito consigo dos consecuencias que la normatividad sobre contratación pública no permite y, en cambio, rechaza: la primera, que el acto de integración de las bases pueda significar la ulterior convalidación de cualquier defecto o vicio de fondo o de forma en que ellas pudieran haber incurrido, sin que dicha anomalía pudiera ser corregida, aun con la interposición de recursos administrativos; y la segunda, que la competencia del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se vea limitada por todas aquellas circunstancias que ocurran luego de integradas las bases” (Resolución N° 072-2003-TC-S1, de 22 de enero de 2003, citada por LINARES JARA, M. y MARTIN TIRADO, R., *Contrataciones y adquisiciones del Estado*, Grijley, Lima, 2007, pp. 72 y 73.

(Cc.) establece los plazos de prescripción de todas las acciones, y entre ellas las que permiten declarar la invalidez del acto jurídico. No sin intención hemos utilizado aquí el plural, pues son dos: una acción con un plazo prescriptorio de diez años y otra con un plazo de dos años, que se utilizarán según el vicio sea de nulidad (artículo 219° Cc.) o de anulabilidad (artículo 221° Cc.). A diferencia de lo que sucede en Derecho administrativo, nuestro ordenamiento civil reconoce la distinción entre nulidad y anulabilidad, reservando para la segunda una acción sometida a plazos más breves, que se puede interponer ante vicios considerados menos graves, aunque igualmente relevantes. En consecuencia, si buscamos en el Cc., los plazos para discutir arbitrariamente la invalidez del contrato público, ¿significa que debe importarse también la distinción entre los dos grados de invalidez, en contra del texto de la LPAG? ¿Y qué vicios serían de anulabilidad y cuáles de nulidad?

Sin ánimo de entrar en esta materia, ajena al contenido de este trabajo⁶⁵, debe indicarse que generalmente se reconoce que en Derecho civil la regla es la nulidad de pleno derecho, mientras que la anulabilidad se aplica excepcionalmente⁶⁶. Esta conclusión se obtiene a partir de lo dispuesto por los artículos 219.8 y V del Título Preliminar Cc., según los cuales sería nulo todo acto “contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres” y anulable aquél que alguna norma establece como tal (artículo 221° Cc.). Sin embargo, esta aparente «regla de nulidad» en realidad no es tal, porque en Derecho civil la mayor parte de las normas son dispositivas, de modo que son pocas las que interesan al orden público y que, por tanto, se consideran imperativas. En Derecho administrativo, por el contrario, la mayor parte de normas son imperativas, y por eso generalmente se afirma que aquí la regla debería ser la anulabilidad, pues la nulidad se aplicaría únicamente en supuestos especialmente graves, de actos que afectan de modo especial al orden público⁶⁷. No obstante, como en otro lugar se ha indicado, esta diferencia no es tan grande, porque en ambos casos la «nulidad» se produce en pocos supuestos,

ya sea porque no hay muchas normas imperativas o porque se exija adicionalmente la gravedad de la infracción, que debe afectar al orden público⁶⁸.

En cualquier caso, lo que sería un error es confundir las consecuencias que tiene apartarse de lo dispuesto por alguna norma en Derecho administrativo y en Derecho privado; y convertir en nulo, aplicando el Cc., todo acto de la Administración que vulnere una norma administrativa, que casi por definición será imperativa. De hacerlo, todos los actos administrativos inválidos serían «nulos». Claro está, podría afirmarse que la LPAG dice lo mismo en su art. 10, cuando reconoce como única categoría de invalidez a la nulidad de pleno derecho, que se produciría por cualquier infracción a la Constitución, las Leyes y los Reglamentos. Sin embargo, como se ha explicado más arriba, esta «nulidad de pleno derecho» de la LPAG es más bien una anulabilidad disfrazada, mientras que la nulidad del Cc. sí lo es de verdad, no sólo porque se aplicaría a los actos más gravemente viciados, sino porque la acción para alegarla tiene un plazo de prescripción amplísimo.

En consecuencia, de aplicar sin más los artículos 219° y 2001° Cc. a los contratos públicos inválidos, tendríamos que cualquier contrato inválido sería «nulo» (por vulnerar normas imperativas) y la acción prescribiría a los diez años, salvo que se trate de algún vicio del artículo 221°, casi siempre responsabilidad del contratista⁶⁹. El único límite sería el establecido en el artículo 53° LCE, según el cual el arbitraje debería solicitarse antes de la culminación del contrato, lo que en realidad no tiene sentido respecto de controversias respecto de la invalidez de éste, que giran en torno al acto que dio origen a la relación contractual, y que podrían plantearse incluso cuando ya hubiera sido ejecutado y culminar con la restitución de las prestaciones entregadas.

Estas complicaciones son las que nos hacían afirmar que el problema de fondo es la falta de reconocimiento normativo real en el Derecho peruano de la categoría de la nulidad de pleno derecho, como una invalidez producida por vicios

65 Sobre la distinción entre invalidez en Derecho administrativo y en Derecho privado, véase BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, cit., pp. 91 y ss.

66 En este sentido, DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 500. No obstante, esta afirmación según la cual la nulidad es la «regla» no es unánimemente aceptada, como lo muestra, por ejemplo, la posición de CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 6.3”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, M., tomo I, vol. 1°, 2ª edición, EDESA, Madrid, 1992, pp 829 y 830.

67 Por ejemplo, es ya casi un lugar común en el Derecho español decir, citando a la Sentencia del 21 de enero de 1936 (Repertorio Aranzadi 295) que “en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría de las nulidades”.

68 No obstante, es preciso reconocer que algún sector defiende que el criterio para distinguir los vicios de nulidad de los vicios de anulabilidad debe ser la evidencia. En este sentido, véase GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho...*, cit., p. 157; y, del mismo autor, “Los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la ley de procedimiento común”, *RAP* 159, 2002, p. 137.

69 Los problemas de esta distinta regulación, administrativa y civil, pueden mostrarse fácilmente. Así, si la ley considera que cierto vicio es de «nulidad» (como, por ejemplo, la inclusión del proceso en el Plan Anual de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), ¿significa que la acción para declarar la invalidez una vez suscrito el contrato prescribe a los diez años, como establece el Cc.?

especialmente graves y no sometida a plazo para su declaración, que permitiría justificar la anulación en vía arbitral, sin necesidad de acudir al art. 2001 Cc., que tantos problemas ocasiona. Así, si en el Derecho administrativo se distinguiera también entre vicios de nulidad y vicios de anulabilidad, serían los primeros los que podrían ser alegados por el contratista una vez suscrito el contrato, tanto si afectan al procedimiento como a su contenido, salvo que sean vicios que se produzcan al momento de la suscripción, caso en que podrían ser utilizados para solicitar la anulación en vía arbitral incluso si no son especialmente graves, pero en este caso únicamente dentro de un breve plazo, que debería ser el general de recurso.

Quizá el último párrafo del artículo 56º LCE ha pretendido justamente evitar estos problemas, al establecer que para evaluar arbitralmente la nulidad del contrato, se evaluarán las causales previstas en dicha ley y en su reglamento, y luego en las restantes normas de Derecho público. Por tanto, por ejemplo, si una cláusula vulnera una ley (aunque pertenezca al ámbito del Derecho privado, como será el caso de casi todas las que regulen el contenido de los contratos), se considerará como un vicio del artículo 10º LPAG y no uno del artículo 219.8 Cc⁷⁰. Pero, planteada la controversia en el ámbito arbitral, ¿qué significa esto respecto de los plazos?

3.2.b. La revisión de oficio

Siguiendo la estela de la derogada LCAE, la LCE ha mantenido la figura de la revisión de oficio en materia contractual, profundizando en la línea ya esbozada en los últimos años de ampliar los supuestos en que ésta cabe. Así, antes de la suscripción del contrato la entidad puede declarar la nulidad de oficio sin más limitaciones que las establecidas en la LPAG, lo que cambia una vez que aquél se ha celebrado. En este segundo caso, sólo cabe hacerlo si el vicio es uno de los contemplados en el artículo 56º LCE: (1) suscribir el contrato con alguien

impedido de ser participante, postor o contratista; (2) cuando se verifique la violación del principio de veracidad durante el proceso o al momento de la suscripción del contrato; (3) si se suscribe el contrato pese a hallarse en trámite un recurso de apelación; y (4) cuando no se hubiera utilizado el proceso de selección correspondiente. Es decir, se trata de vicios que según el criterio de nuestro legislador son especialmente graves, por lo que se justifica que sólo en esos casos, y no en otros, pueda la Administración pública declarar de oficio la invalidez. Encontramos de nuevo, por tanto, la necesidad de distinguir entre unos vicios más graves y otros de menor entidad (aunque igualmente trascendentes), justificándose sólo para los primeros la anulación de oficio, lo que nos lleva nuevamente a la diferencia entre vicios de nulidad y de anulabilidad, que sale una y otra vez a relucir, pese a su no reconocimiento expreso a nivel legislativo en el Derecho administrativo.

Por otro lado, la muy escasa regulación sobre la declaración de oficio de la nulidad en la LCE y su reglamento hace necesario acudir a la LPAG para buscar las reglas que le son aplicables, entre las cuales están sus limitaciones, que al menos serán dos: el plazo y la necesidad de que el acto inválido agrave el interés general. Llama poderosamente la atención este segundo requisito, que implica la atribución a la Administración pública de discrecionalidad para decidir si anular o no un acto inválido, incluso cuando los vicios que lo afecten sean especialmente graves⁷¹.

En realidad, este régimen es más bien propio de los actos tradicionalmente considerados «anulables», en donde el vicio no afecta al orden público y por tanto la Administración pública puede decidir primar el interés general y no anular el acto, mientras que se le niega esta atribución cuando se trata de un acto «nulo», pues dicha valoración ya ha sido realizada por el ordenamiento jurídico, que exige la expulsión de las decisiones que lo afecten seriamente⁷². Es decir, nuevamente nos encontramos con una

70 No obstante, algunos vicios del contrato sí que serán «vicios de derecho civil», como, por ejemplo, los que se produzcan como consecuencia del dolo o error del contratista. En estos casos, habría que aplicar el Cc., que los considera como «vicios de anulabilidad», lo que a su vez produce problemas, pues dicha categoría no goza de reconocimiento en el Derecho administrativo.

71 Sobre la discrecionalidad como atribución a la Administración de la posibilidad de determinar lo que es de interés general en cada caso, véase MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2001, p. 252. Es posible percibir un antecedente de esta posición en las afirmaciones de GARCÍA-TREVIJANO FOS (*Tratado de Derecho Administrativo*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, pp. 418, 419 y 422), para quien, cuando la norma realiza una determinación imprecisa del interés general, dejando ésta a cargo de la Administración, existe discrecionalidad administrativa, “que supone una ponderación comparativa de intereses, es decir, la existencia de dos o tres puntos de valoración, de los cuales la Administración toma uno”.

72 Esta interpretación se produjo a partir del art. 109 de la Ley del Procedimiento administrativo española de 1958, la cual establecía que “la Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47”. Al respecto, la doctrina entendió que el uso del término «podrá» no implicaba la atribución de una facultad discrecional a la Administración, sino que ésta debía declarar la invalidez. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad...*, cit., p. 402. Al respecto, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970, p. 123 y ss.) fundamenta esta obligatoriedad en la naturaleza que le atribuye a la nulidad absoluta, ya que si se produce *ipso iure* y tiene efectos *erga omnes*, la Administración no puede dejar de declararla, e interpreta el término «podrá» empleado por el art. 109 LPA en el sentido de que lo que “la Administración podrá hacer es no declarar la nulidad pedida, cuando no aprecie la existencia real de la misma, porque la acción de nulidad, como todas las demás acciones, no es el derecho a obtener un pronunciamiento de un determinado sentido [...] sino solamente el derecho a obtener

incongruencia de nuestra legislación, fruto de la no distinción expresa entre nulidad y anulabilidad y la supuesta consagración de la primera, pero con un régimen jurídico que en ciertos puntos se parece al de la segunda⁷³.

En materia contractual esta regulación puede tener gran repercusión, porque podría ser utilizada por la Administración para justificar su negativa a anular de oficio un contrato gravemente viciado, si éste es beneficioso para el interés general, como generalmente sucederá, debido al objetivo que debe perseguirse al contratar. Así, por ejemplo, podría no anular un contrato celebrado con un sujeto inhabilitado si es de interés general, definido por ella misma, su ejecución. No ayuda a evitar esta conclusión la redacción de la LCE, de acuerdo a la cual la Administración “podrá” declarar la nulidad de oficio en los casos en ella previstos, lo que nuevamente parece remitirnos hacia una facultad discrecional⁷⁴.

Finalmente, quedaría pendiente hacer un último comentario. Como se indicó más arriba, en la normativa peruana las controversias surgidas en torno a la anulación de oficio serán materia arbitrable, lo que es cuando menos criticable, pues se trata de una potestad administrativa, y como tal su ejercicio debería ser materia indisponible y, por tanto, no arbitrable⁷⁵. Además, en este caso no cabe acudir al artículo 2.1 NLA para justificar el arbitraje en virtud de una expresa previsión legislativa, pues no es la ley la que establece esta excepción, sino el Reglamento en su artículo 144° (antes lo hacía artículo 202° RLCAE). En consecuencia, se trataría de una previsión ilegal, en tanto se estaría regulando por vía reglamentaria cuestiones que requieren de una ley para ser admitidas.

3.2.c. La anulación jurisdiccional de los contratos ya suscritos.

El artículo 4.5. del TUO de la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo (LPCA) incluye entre las actuaciones administrativas impugnables a “las actuaciones u omisiones de la

Administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la Administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia”. Esta aparentemente amplia remisión de la materia contractual al contencioso administrativo no lo es en realidad, pues de acuerdo a la LCE y su reglamento las controversias surgidas una vez suscrito el contrato se resuelven mediante arbitraje, de modo que sólo debe acudir al Poder judicial (1) cuando se haya agotado la vía administrativa como consecuencia de la denegatoria ficta o expresa del recurso de apelación (artículos 53° y 55° LCE y 126° RLCE, entre otros), (2) cuando la norma establezca algún otro mecanismo de recurso alternativo, cuya resolución causaría estado, o (3) cuando no sea posible interponer ningún recurso, por agotarse la vía administrativa con la resolución que se pretende impugnar.

Los dos últimos casos son especialmente importantes, pues de acuerdo a los artículos 53° LCE y 10° RLCE no cabe impugnar las bases ni los actos o acuerdos que aprueben las exoneraciones. Si se pretende respetar el artículo 148° de la Constitución, según el cual todos los actos administrativos que causen estado son impugnables jurisdiccionalmente, las leyes únicamente pueden establecer que contra ciertos actos (salvo que sean de trámite no cualificados) no caben recursos *administrativos*, pero nunca declarar su irrecurribilidad universal. En consecuencia, el artículo 53° LCE sólo negaría la posibilidad de acudir al recurso de apelación en los casos indicados, pero nada más. Así, en el caso de las bases, estas se impugnan a través de las observaciones, cuya respuesta agotaría la vía administrativa y a su vez tendría que ser impugnable jurisdiccionalmente⁷⁶. Respecto de los actos que aprueban las exoneraciones, no tiene sentido establecer una serie de requisitos para luego impedir cualquier mecanismo que permita controlar su cumplimiento. Se trata de actos de trámite, pero que afectan a todos aquellos que se ven excluidos del procedimiento administrativo, así que deberían ser impugnables, al menos ante el Poder Judicial.

un pronunciamiento expreso del órgano ante el cual se ejerce sobre la cuestión en cada caso planteada” (pp. 125 y 126). Esta obligatoriedad de la revisión fue lo que justificó la existencia de una «acción de nulidad» en derecho español, que algún autor llamó «revisión de oficio exógena» (GARCÍA-TREVILANO FOS. J. A., *Tratado de Derecho administrativo*, II, 1° edición, Editorial Revista de Derecho Civil, Madrid, 1967, pp. 1149 y ss.); es decir, el particular podía lograr la anulación de un acto inválido más allá del plazo de recurso solicitando la revisión de oficio, a la que estaba obligada la Administración si el vicio era de nulidad. Sin embargo, en Perú el Tribunal del OSCE en algún caso ha negado que la Administración pueda convertir un recurso extemporáneo en fundamento para la revisión de oficio (Resolución N° 220/2006.TC-SU, de 7 de abril de 2006)

73 Véase el trabajo de PANDO VILCHEZ citado en la nota 41.

74 No obstante, es cierto que en otros países redacciones similares han justificado la atribución de una facultad reglada de revisión de oficio, en tanto se interpretó que el “podrá declarar” se oponía a la normativa previa, en la cual no podía hacerlo (véase la nota 72). Sin embargo, la regulación de la LPAG hace que en Perú sea difícil sostener dicha posición respecto de la LCE.

75 En contra, LINARES JARA, M., “Arbitraje sin materia indisponible en el régimen peruano de los contratos del Estado”, en *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el III Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Grijley, Lima, 2008, *passim*; quien sostiene que si hay arbitraje es porque no hay potestades en la contratación pública.

76 No compartimos por tanto la opinión de MARTÍNEZ ZAMORA (“El régimen de impugnaciones...”, cit., p. 125) para quien la respuesta a las observaciones no podría ser impugnada ante los jueces, pues sería inconstitucional prohibirlo.

Por último, la constitucionalidad de esta regulación podría salvarse si al menos se pudiera impugnar el acto definitivo, por el que se contrata, pero tampoco esta posibilidad está regulada.

Por otro lado, es preciso remarcar dos diferencias entre el recurso administrativo y el proceso contencioso administrativo. En primer lugar, la impugnación jurisdiccional no suspende la ejecución del acto apelado (es decir, el otorgamiento de la buena pro), de modo que el contrato puede suscribirse e incluso empezar a ejecutarse. Es más, en tanto los plazos establecidos en la LPCA son más amplios, es perfectamente posible que se presente la acción contencioso administrativa cuando el contrato esté suscrito o en ejecución. Por tanto, en este caso serán especialmente importantes las pretensiones de tutela cautelar. Al respecto, es preciso indicar que nuestra legislación (artículo 39.1 LPCA) reconoce expresamente el *fumus boni iuris* como una de las condiciones que deben cumplirse para otorgar una medida cautelar, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, en donde ha sido la doctrina la que ha reclamado su inclusión, frente a una jurisprudencia y legislación que prefieren limitarse a tomar en cuenta el *periculum in mora*⁷⁷.

Obviamente, esto es de gran importancia en el ámbito contractual, debido a que, como se ha explicado más arriba, la mera ponderación entre el interés general y el interés particular del demandante generalmente llevará a rechazar el pedido de suspensión, en tanto una posible indemnización podría compensar la demora⁷⁸. No obstante, la forma en que el *fumus boni iuris* ha sido reconocido en la LPCA puede dar pie a algunas dudas, ya que lo vincula a la ponderación entre el perjuicio que se podría causar al interés público y el que se cau-

saría al interés privado de tomarse la medida⁷⁹. Sin embargo, no debe olvidarse que son dos requisitos diferentes, y que no debe primar siempre el interés general en la ejecución del contrato (o de cualquier acto administrativo) cuando exista apariencia de buen derecho y peligro en la demora (para el impugnante), pues, como se ha dicho con razón, “en los supuestos en que concurran *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* [...] un interés general o de terceros capaz de justificar la denegación de la tutela cautelar sólo será aquél que pueda compararse en pie de igualdad con el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva y, por tanto, aquél que se identifique con derechos y valores constitucionales”⁸⁰.

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta que el Poder Judicial no siempre podrá resolver de la misma manera en que lo haría el superior jerárquico o el Tribunal del OSCE, quienes pueden no sólo limitarse a anular el procedimiento, sino incluso otorgar la buena pro si tuvieran elementos de juicio suficientes. Los jueces, por su parte, tienen ciertas limitaciones para sustituir la decisión administrativa cuando sea discrecional, y no se haya producido lo que se conoce como «reducción a cero de la discrecionalidad», o cuando se utilicen criterios jurídicos indeterminados para determinar la mejor oferta, debiéndose limitar a anular el acto impugnado⁸¹.

4. UNA BREVE NOTA SOBRE UNA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: LA CONSERVACIÓN DE LOS CONTRATOS AFECTADOS POR VICIOS NO TRASCENDENTES

En tanto se trata de una materia estudiada en nuestra doctrina administrativista, y que además tiene gran importancia práctica, conviene hacer algunas

77 Al respecto, puede verse el trabajo de CHINCHILLA MARÍN, C., “La tutela cautelar”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, dir. LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 617; en donde enumera las veces en que el Tribunal Supremo español le ha negado valor al criterio del *fumus boni iuris*. No obstante, el Tribunal Constitucional sí que lo ha reconocido, como en la STC 148/1993, de 29 de abril. Al respecto, tienen gran interés los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La nueva doctrina del Tribunal supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del *fumus boni iuris* (auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”, REDA 69, 1991, pp. 65 y ss.; “La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad”, REDA 70, 1991, pp. 255 y ss.; “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las salas de los Tribunales superiores de Justicia y de la Audiencia nacional”?, RAP 151, 2000, pp. 251 y ss.; ahora incluidos en su libro *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo español*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2004.

78 Véase nota 48.

79 Art. 39 LPCA: “La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante [...] 1) Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada”.

80 CHINCHILLA MARÍN, C., “La tutela cautelar”, cit., p. 621.

81 Sobre el siempre difícil tema de la discrecionalidad, sus diferencias con los conceptos jurídicos indeterminados y las limitaciones existentes respecto de la profundidad del control judicial en estos casos, puede verse nuestra posición en *Los actos de gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico*, Universidad de Piura, Piura, 2003, pp. 144 y ss.; y *La invalidez de los contratos públicos*, cit., p. 261. En Perú, puede verse también el trabajo de ZEGARRA VALDIVIA, D., “Control judicial de la discrecionalidad: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española)”, en RDA-CDA 1, 2006, pp. 52 y ss. (en especial, pp. 60 y ss.), en donde da cuenta de la polémica que el tema ha suscitado en España. Específicamente referido a la contratación pública y respecto de la importancia de la motivación para controlar la decisión de otorgar la buena pro, véase LINARES JARA, M., “Principios licitatorios, Tribunal administrativo y arbitraje. Visión comparada”, en RPDAE, 1, 2006, pp. 60 y ss.

aclaraciones respecto del significado de la conservación de los contratos públicos afectados por vicios no trascendentes. Así, como bien sostiene MARTÍNEZ ZAMORA, “la Conservación del Proceso de Selección no sería más que la traslación de los criterios planteados en el citado artículo 14 respecto del conjunto de decisiones complejas que adopta la entidad en el *iter* de determinar al postor merecedor de la Buena Pro [...] siendo su objetivo central evitar la nulidad de un proceso de selección específico, por vicios producidos durante su trámite”⁸². Sin embargo, no estamos de acuerdo con lo sostenido más adelante por este autor, para quien la conservación recae sobre actos viciados por una causal tipificada en el artículo 10° LPAG y que, por tanto, deberían ser anulados, pero que se conservan porque el vicio resulta no trascendente y no produce una distorsión en el procedimiento contractual⁸³. Como se ha indicado más arriba, los vicios no trascendentes del artículo 14° LPAG son vicios que no afectan la validez de los actos administrativos, por lo que no cabe anularlos ni siquiera cuando se solicite vía recurso. Es decir, el artículo 14° LPAG no se aplica a actos con vicios de nulidad, sino a actos con vicios no trascendentes, y lo hace tanto cuando se pretende declarar la invalidez vía recurso como a través de la revisión de oficio. Generalmente se trata de vicios formales, que no alteran el contenido sustancial del acto ni causan indefensión o perjuicios a los administrados, de modo que se alcanza el objetivo buscado por la norma, pese a su infracción.

Esta interpretación calza con las resoluciones del Tribunal del OSCE en los casos expuestos por el autor citado. Así, en el caso objeto de la Resolución N° 374/2007.TC-S2, de 20 de abril de 2007, se había producido una irregularidad formal, consistente en la inclusión de la absolución de ciertas consultas en el texto de las bases integradas que fue publicado, sino que se publicaron al mismo tiempo pero separadamente las bases y los pliegos de absolución de consultas y observaciones. Sin embargo, este vicio, meramente formal, no habría afectado el normal desenvolvimiento del proceso de selección ni la concurrencia de los postores, por lo que sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 14° LPAG. Obviamente, el acto es irregular, pero no está viciado de nulidad, porque de otro modo el Tribunal tendría que declarar procedente el recurso del impugnante⁸⁴.

Entre las citadas por MARTÍNEZ ZAMORA, más compleja es la resolución 205/2007.TC-SU, de 26 de febrero de 2007. En este caso el problema se produjo porque en un procedimiento con ítems distintos, hubo una incorrecta integración de las bases, pues no se incorporó la absolución de una consulta por la cual se introdujo una mejora que afectaba al ítem 1. Evidentemente, respecto de éste se declaró la invalidez, pero el Tribunal mantuvo la validez del proceso en los otros dos, recurriendo a la figura de la invalidez parcial y a la conservación del artículo 14° LPAG. Es decir, lo que para un ítem era relevante, podía no serlo para los otros dos, en los cuales sería un vicio no trascendente, que no afectaría al fondo del asunto ni produciría indefensión. Sin embargo, esta resolución es importante porque expresamente sostiene que la LPAG “admite que un acto nulo puede ser objeto de conservación cuando el vicio no sea trascendente” (FJ 7); posición que no compartimos, porque si el vicio no es trascendente, entonces el acto no será nulo. En el caso en cuestión se trataba de un acto que no era nulo y, por tanto, no debía ser anulado.

5. DOS INTENTOS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN DERECHO PERUANO, A PARTIR DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVALIDEZ

5.1. La teoría de los actos separables. Exposición y crítica a partir de la LCE y su reglamento

5.1.a. Una breve exposición de la teoría de los actos separables en el Derecho francés y español

De acuerdo al apartado 13 del anexo del RLCE, un contrato público es el “acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación dentro de los alcances de la ley y el reglamento”. Salta a la vista el parecido entre esta definición y la establecida en el Cc., bajo las cuales subyace el entendimiento del contrato como un acto administrativo bilateral, nacido de la confluencia de voluntades. Sin embargo, en el caso de los contratos públicos existe toda una fase previa, por la cual se forma la voluntad de la Administración, que no encuentra paralelo en el Derecho privado, donde el elemento formal sólo hace referencia a la forma de expresión de la voluntad, pero no al mecanismo para tomar la decisión⁸⁵. De allí que en nuestro derecho se haya distinguido entre tres etapas distintas: los actos preparatorios,

82 Véase MARTÍNEZ ZAMORA, M. A., “La conservación del acto administrativo en los procedimientos de contratación pública. Reflexiones a propósito de la preservación del procedimiento de selección en los casos en los cuales se ha configurado un vicio de nulidad”, en *RJP* 85, 2008, p. 135.

83 *Ibidem*, pp. 138, 141 y 143, entre otras. Según este autor, primero se identifica un vicio de nulidad del art. 10 LPAG, y luego se puede proceder a conservar el acto viciado, si “no se trata de un vicio sustancial que afecta al proceso en su conjunto, que distorsione los resultados de la evaluación efectuada a los postores o que, bajo cualquier otro concepto, genere un perjuicio determinante al Estado o a terceros postores” (p. 141).

84 Distinto es el caso de la revisión de oficio, que en nuestro derecho requiere de valoración del interés general para ser declarada. Es decir, en estos casos la Administración puede decidir si, pese a tener el acto un vicio trascendente, no se anula, porque es mejor mantenerlo, en virtud del carácter valioso de sus efectos.

85 Sobre esta doble vertiente del elemento formal en Derecho administrativo, véase GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, I, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 472.

el proceso de selección propiamente dicho y hasta antes de la suscripción del contrato y, finalmente, la suscripción y ejecución del contrato⁸⁶. Simplificando este esquema, podría decirse que se distingue entre el proceso de selección de contratistas, que tendría una fase interna y otra externa, con la convocatoria como límite entra ambas, y el contrato propiamente dicho, que nacería con la suscripción y daría lugar a la relación contractual.

Evidentemente, esta regulación recuerda a la teoría de los actos separables. Nacida en Francia, esta construcción surge como una respuesta frente la jurisprudencia del Consejo de Estado que a partir de los últimos años del siglo XIX decidió reservar a las partes del contrato la condición de legitimados procesales para discutir su validez a través del recurso de plena jurisdicción, lo que dejaba sin posibilidad de recurso a los interesados ajenos al vínculo contractual⁸⁷. En consecuencia, para evitar esta situación de indefensión el propio Consejo de Estado recurrió a la ficción jurídica del carácter separable de ciertos actos, para permitir que contra ellos al menos procediera el recurso por exceso de poder para obtener su anulación.

Sin embargo, esta separación producía otros problemas, pues a diferencia de lo que la teoría del «todo indivisible» pregonaba, la anulación de estos actos no ocasionaba automáticamente la del contrato, que debía ser declarada por los jueces competentes. Pero sólo las partes del contrato podían impugnarlo, por lo que fue necesario buscar

mecanismos que obligaran a la Administración a hacerlo, y además nada garantizaba que finalmente el juez del contrato declarara su invalidez⁸⁸. Obviamente, esta teoría ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina francesa⁸⁹, que han terminado por trasladarse al seno del propio Consejo de Estado, como lo muestran las conclusiones del Comisario de Gobierno M. Casas en el asunto *Société Tropic travaux signalisation Guadeloupe*, que ponen en discusión la regla según la cual un tercero no puede pretender se declare la invalidez (y se detenga la ejecución, por supuesto) de un contrato del que no es parte, lo que podría convertir en innecesaria a la teoría de los actos separables como fue concebida en el Derecho francés⁹⁰.

Esta teoría fue importada por el Derecho español, aunque con una finalidad algo distinta, pues fue utilizada para delimitar la competencia de la jurisdicción civil y de la administrativa⁹¹. Así, en tanto serían actos «separables» del contrato, todas las controversias surgidas en torno al procedimiento de contratación, incluido el acto de adjudicación, serán conocidas por los jueces contencioso administrativos, también cuando se trata de contratos privados de la Administración. Si las controversias se refieren a la ejecución de los contratos, estos serán competentes sólo si se trata de contratos administrativos, mientras que lo serán los jueces ordinarios cuando sean contratos privados de la Administración⁹². Sin embargo, un sector de la doctrina ha reaccionado frente a la utilización de esta categoría, que consideran innecesaria e inadecuada⁹³. A diferencia de

86 En este sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ ZAMORA, M. A., "El régimen de impugnaciones...", cit., p. 124.

87 En general, sobre el origen de esta figura seguimos la exposición de MACERA TIRAGALLO, B.-F., *La teoría francesa...*, cit., *passim*.

88 Al respecto, es conocido el caso resuelto por la sentencia del Consejo de Estado de 7 de octubre de 1994, asunto *M. et Mme. López*, en donde luego de anular un acto separable (autorización para contratar), los demandantes tuvieron primero que enfrentar el desinterés de la Administración por impugnar su contrato ante los jueces competentes, para luego de diez años ver como éstos consideraban que el contrato era válido.

89 MACERA TIRAGALLO, B.-F., *Les "actes détachables" dans le droit public français*, Pulim, Limoges, 2002, *passim*; TERNEYRE, P., "Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs", *EDCE* 39, 1988, pp. 69 y ss.; y WEIL, P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, Paris, 1952, pp. 202 y ss., para quien sería necesaria una vuelta a la teoría del todo indivisible, que, sin olvidar la impugnabilidad de los actos preparatorios por terceros que posean un interés legítimo, mérito de la teoría de los actos separables, reconozca que la anulación de éstos debe implicar la del propio contrato (pp. 205 y ss.). Más aún, la separación del acto de celebración del propio contrato para permitir la impugnación del primero provoca conflictos para la definición de éste último, pues, como indicó años atrás DE LAUBADÈRE (*Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, III, L.G.D.J., Paris, 1956, pp. 327, por nota), "cette manière de décomposer l'acte même de passation du contrat est habile, mais tout de même un peu subtile; pour arriver à découvrir dans le contrat un «acte d'autorité administrative» contre lequel le recours pour excès de pouvoir puisse être considéré comme recevable, le Conseil d'État est obligé d'adopter une analyse qui implique une définition bien discutable du contrat; car tout cela ne paraît cohérent que si l'on considère le contrat, non point, selon la définition habituelle, comme un acte bilatéral, un concours de deux volontés, mais plutôt comme une sorte de juxtaposition de deux manifestations de volonté, de juxtaposition de deux actes unilatéraux, le recours étant dirigé contre l'un de ces actes unilatéraux, celui qui émane de l'administration. Cette manière de ramener l'acte bilatéral à un double acte unilatéral est à tout le moins subtile".

90 Pese a que redujo el ámbito de sujetos legitimados, la sentencia del Consejo de Estado de 16 de julio de 2007 (nº 291545) aceptó en gran medida las conclusiones del Comisario de Gobierno, reconociendo el derecho de los postores concurrentes excluidos del procedimiento de contratación para pedir la nulidad del contrato, lo que implica una renovación profunda en el Derecho administrativo francés.

91 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso...*, I, cit., pp. 61 y 62.

92 Así, para la admisión de esta teoría en el Derecho español, véanse los sucesivos trabajos de GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., "Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local", *REVL* 87, 1956, pp. 301 y ss.; "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del «Hotel Andalucía Palace» de Sevilla", *RAP* 28, 1959, pp. 147 y ss.; y "Reciente evolución de la Jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal supremo", *RAP* 36, 1961, pp. 227 y ss.

93 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., "Naturaleza de los contratos públicos...", cit., p. 964; MACERA TIRAGALLO, B.-F., *La teoría francesa...*, cit., pp. 135 y ss.; y BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, cit., pp. 113 y ss.

«Por tanto, la invalidez no puede ser realmente “sobrevenida”, pues cualquier circunstancia que se produzca una vez dictado el acto (ya sea por una pérdida de las condiciones subjetivas u objetivas que justificaron su nacimiento o por una modificación normativa) puede convertir en ilegal la situación o relación jurídica nacida de él, pero ya no puede volver a éste inválido»

lo que sucede en el Derecho francés, en España la anulación de los actos separables trae consigo la del propio contrato, por lo que lo separable acaba nuevamente unido⁹⁴. En realidad, la anulación del acto de adjudicación es la del propio contrato, no debido a una separabilidad luego negada, sino porque mediante la primera se perfecciona el segundo, que de este modo nacería por un acto administrativo unilateral, que da origen a una relación contractual⁹⁵.

5.1.b. ¿Encuentra asidero la teoría de los actos separables en el Derecho peruano? Una primera aproximación

Salvo algunas pocas excepciones, la teoría de los actos separables no ha sido objeto de demasiada atención por nuestra doctrina⁹⁶. A partir de sus antecedentes españoles, esta omisión no deja de tener

sentido, pues allí se utilizó para delimitar la competencia de los jueces según el contrato fuera administrativo o privado de la Administración, mientras que esta distinción ha sido generalmente negada en Perú⁹⁷. Sin embargo, la separación establecida en la LCE entre el contrato y los actos que le sirven de sustento guarda algunas similitudes con el modelo francés antes expuesto, pues el contrato suscrito sólo puede ser impugnado mediante arbitraje, lo que restringe el ámbito de los legitimados a las partes del contrato, vinculados por dicha cláusula arbitral. Los postores no adjudicatarios únicamente pueden impugnar, a través de los recursos administrativos pertinentes, los actos administrativos previos, hasta el otorgamiento de la buena pro. Por tanto, parece necesario distinguir el contrato, nacido del acuerdo de voluntades y discutible por las partes mediante arbitraje, de los actos administrativos separables, previos a aquél y recurribles por todos los interesados. Además, en tanto el contrato no se suscribirá hasta que se haya dado respuesta al recurso, el hecho de que los postores no puedan impugnarlo no lesionaría sus derechos, que ya se habrían visto garantizados por el recurso previo.

A primera vista, esto permitiría mantener la separación de los actos previos a la suscripción sin las complicaciones que se dan en otros países, pues la anulación se produciría antes de que el contrato se perfeccione. En consecuencia, la invalidez de los actos no sería la del propio contrato, sino que impediría su nacimiento. Por tanto, no sería una separación a la carta, de usar y tirar, como veíamos que sucedía en Derecho español. Sin embargo, si se analiza la situación con algo más de detalle, no es tan distinta a la descrita más arriba, porque el acto que resuelve el recurso de apelación puede haber sido impugnado ante el Poder judicial, y si éste finalmente decide admitirlo, la anulación del otorgamiento de la buena pro será la del propio contrato. Así, el acto separable no lo sería tanto, tampoco en nuestro ordenamiento, lo que sería uno de los problemas del régimen vigente de invalidez en la LCE.

94 MACERA TIRAGALLO, B.-F. *La teoría francesa...*, cit., p. 182. Ya BOQUERA OLIVER (*La selección de contratistas*, IEP, Madrid, 1963, pp. 209 y 210) había puesto de relieve esta situación, al afirmar que “es evidente que la repercusión automática de la anulación del acto sobre la validez del contrato es opuesta a la lógica de la teoría. De admitirla resultaría que los actos del procedimiento, que se independizan del contrato para hacer posible su impugnación, vuelven después a formar un todo indivisible con él para lograr que su anulación ocasione la nulidad del contrato. En el momento de la impugnación, acto y contrato viven con independencia, y se identifican en el momento de resolver la pretensión de anulación. Desde luego, esto no ocurre en la patria de la teoría. Nuestra jurisprudencia lo ha dispuesto así alguna vez pero no cabe duda de que es una consecuencia ilógica”.

95 Sobre este tema, sobre el que volveremos más adelante, véase BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, cit., pp. 115 y ss.

96 Pueden verse las referencias a ella en LINARES JARA, M., *El contrato estatal*, cit., pp. 63 y ss.; ROMERO CHÁVEZ, S., “La doctrina de los actos separables en el Derecho administrativo peruano”, en *Jus. Doctrina & Práctica* 12, 2007, pp. 401 y ss., en especial pp. 407 y ss.

97 Véase LINARES JARA, M., “El contrato administrativo en el Perú”, en *RDA-CDA* 1, 2005, pp. 287 y ss.; y MARTÍN TIRADO, R., “La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública”, *RPDAE* pp. 113 y ss. En contra, defendiendo dicha distinción, véase “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica”, en *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el III Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Grijley, Lima, 2008, *passim*.

5.1.c. Algunos problemas e incongruencias del régimen de la invalidez de los contratos en Derecho peruano

Por otro lado, de acuerdo a la vigente LCE y su reglamento, mediante la apelación pueden impugnarse todos los actos previos a la celebración del contrato. Es decir, contra esta última no cabe recurso administrativo alguno, a diferencia del texto original del artículo 54° LCAE (modificado por la Ley N° 28911), de acuerdo al cual estos procedían contra ella, *inclusive*. En tanto el contrato sólo se suscribirá cuando no se hayan presentado recursos o estos hubieran sido rechazados, la regulación vigente parece lógica, ya que los postores que no hubieran impugnado el otorgamiento de la buena pro o cuyos recursos han sido rechazados, no tendrían legitimación para impugnar el acto de celebración. Sin embargo, ¿qué sucede si el contenido del contrato se modifica al suscribirse? Además de violarse el texto expreso del artículo 35° LCE, se estaría desconociendo el principio de inalterabilidad del contrato, que impide cambiar su contenido para favorecer al contratista, en perjuicio de los demás postores⁹⁸. En consecuencia, estos tendrían un interés legítimo desconocido por la Administración, que les debería habilitar a impugnar también el acto de perfeccionamiento del contrato, si éste presenta un vicio que no podía existir al otorgarse la buena pro. Así se explica que, por ejemplo, en el Derecho francés este acto se haya considerado como separable y, por tanto, impugnabile⁹⁹.

Más grave aún es la admisión de la revisión de oficio de los contratos una vez suscritos¹⁰⁰. Esta potestad va en contra de los principios básicos de la contratación civil, en donde la relación jurídica contractual nace sobre el suelo de la igualdad, como consecuencia del consentimiento mutuo de todos los contratantes, que se plasma en el acuerdo que llamamos «contrato», y por ello sería incomprensible que uno de ellos pudiera decidir sobre su validez. En cambio, en el ámbito contractual

público, uno de los sujetos es la Administración pública, lo que implica la existencia de una situación de desigualdad jurídica al momento de constituirse el vínculo, ya sea que ésta tenga consecuencias durante su duración (contratos administrativos) o no (contratos privados de la Administración). Una de las manifestaciones de esta desigualdad originaria es la potestad de revisión de oficio, que a su vez nos plantea una pregunta sobre la naturaleza del contrato mismo, pues si ésta implica que el propio autor del acto es quien declara su invalidez, ¿cómo puede anular la Administración un acto del que ella no es la única autora? ¿O acaso la desigualdad originaria entre la Administración y el particular hace que los contratos públicos sean más distintos a los privados de lo que se suele admitir, de modo que la primera puede anular sus contratos porque son también actos administrativos?

5.2. El contrato público como relación contractual nacida de un acto administrativo, ¿una teoría alternativa válida en el Derecho peruano?

A partir del reconocimiento de la potestad de revisión de oficio de los contratos públicos y de las consecuencias respecto de la validez del propio contrato ya suscrito que trae consigo la anulación judicial de los actos previos a su celebración, un sector de la doctrina ha sostenido que los contratos públicos nacen de un acto administrativo unilateral, que da origen a una verdadera relación contractual¹⁰¹. Además, el origen unilateral del contrato (la relación contractual) se justifica porque cuando la Administración contrata, *ejerce una potestad administrativa* (lo que explica que carezca de verdadera libertad contractual), aunque en su vertiente más débil, en tanto requiere del asentimiento o conformidad del particular, pues distribuye bienes que, en cierto modo, pertenecen a todos¹⁰²; y las potestades se ejercitan unilateralmente, ya que no es factible el entrelazamiento de dos voluntades heterogéneas, que no pueden tener la misma relevancia jurídica¹⁰³.

98 Sobre este principio, véase DE SOLAS RAFECAS, J. M^o., *Contratos administrativos...*, cit., p. 43.

99 Véase MACERA TIRAGALLO, B.-F., *La teoría de los actos separables...*, cit., p. 66; y también la referencia al trabajo de DE LAUBADÈRE citado en la nota 89.

100 Algún autor ha criticado la revisión de oficio en materia contractual, por cuanto cuestiona el debido respeto de la seguridad jurídica y la protección de los contratistas y terceros de buena fe, lo que atenta contra el principio de confianza legítima. RIVERO YSERN, J. L., "La invalidez de los contratos celebrados por la Administración pública", en CASSAGNE, J. C. y RIVERO YSERN, E., *La contratación pública*, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 1000.

101 En este sentido, pueden verse los trabajos de BACA ONETO, V. S., *La invalidez de los contratos públicos*, cit., pp. 113 y ss.; DE LOS MOZOS TOUYÁ, I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 337 y 348 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Naturaleza de los contratos públicos...", cit., *passim*; MACERA TIRAGALLO, B.-F., *La doctrina de los actos separables...*, cit., pp. 173 y ss.; MONEDERO GIL, J. I., *Doctrina del contrato del Estado*, cit., *passim*. Por otro lado, de no admitir el carácter unilateral del contrato en su origen, la única posición coherente sería negarle a la Administración pública la potestad de revisión de oficio, como en algún momento mantuvieron CARRETERO PÉREZ, A., "El contrato administrativo ante la Ley de Bases de contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963", *RAP* 45, 1964, p. 110; y DE SOLAS RAFECAS, J. M^o., *Contratos administrativos...*, cit., p. 256. ,

102 Sobre los contratos públicos como actos en ejercicio de la justicia distributiva, véanse los trabajos citados en la nota 8.

103 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Naturaleza de los contratos públicos...", cit., p. 955.

104 *Ibidem*, p. 961.

105 MACERA TIRAGALLO, B.-F., *La teoría francesa...*, cit., p. 176.

106 DELVOLVÉ, P., *L'acte administratif*, Sirey, Paris, 1983, p. 75.

«En todo caso, no debe confundirse la validez con la eficacia (ni la invalidez con la ineficacia, como se ha explicado previamente), pues un acto válido puede no producir aún sus efectos, mientras que un acto inválido puede producirlos, lo que se explica habitualmente por la presunción de validez que se atribuye a los actos administrativos (reconocida en el art. 9 LPAG), y se justifica por la especial naturaleza del sujeto autor de ellos, que goza de las potestades de autotutela ejecutiva y autotutela declarativa»

De allí que MACERA TIRAGALLO haya definido al contrato público como “un acto administrativo unilateral en su emisión, necesitado de previa aceptación y contractual en sus efectos”. Así, si bien es necesario el consentimiento del particular¹⁰⁴, “debe advertirse que la existencia de dos voluntades no supone la transformación del acto con que se perfecciona el contrato de unilateral en bilateral”¹⁰⁵, pues, empleando las palabras de DELVOLVÉ, “la rencontre

de deux volontés distinctes pour l'adoption d'une mesure n'empêche pas que celle-ci puisse être un acte administratif unilatéral”¹⁰⁶.

Obviamente, definir el contrato público como un acto unilateral en su origen y bilateral en sus efectos resulta cuando menos llamativo, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que su uso es injustificado, incoherente e incomprensible desde un punto de vista dogmático¹⁰⁷. Sin embargo, la voz contrato en Derecho civil hace referencia tanto al acto por el que se constituye la relación contractual como a esta última, y originalmente se definía por la segunda¹⁰⁸, aunque en la actualidad sea casi un lugar común acudir a la primera y definir al contrato como acuerdo. Esto es lógico en el ámbito civil, donde casi siempre uno puede obligarse sólo por el propio consentimiento¹⁰⁹, pero no tiene por qué ser igual en los contratos públicos, donde uno de los sujetos es una Administración pública y, por tanto, un sujeto con potestades, que puede modificar unilateralmente la situación jurídica de los particulares. Obviamente, esto no implica negar la existencia de acuerdo en los contratos públicos, sino simplemente que el nacimiento de la relación jurídica sea consecuencia de dicho acuerdo y no del acto del sujeto titular de la potestad para darle origen.

¿Tiene sentido plantear esta teoría en Derecho peruano? Si nos limitamos a leer lo dispuesto por el RLCE, es obvio que no, pues el contrato se define como un «acuerdo». Sin embargo, es innegable que también aquí se reconoce la revisión de oficio de los contratos y que la anulación de los actos previos del contrato ya suscrito ocasiona la invalidez del contrato mismo, argumentos ambos que han servido en otros ordenamientos para defender la unilateralidad constitutiva de los contratos públicos. En consecuencia, la definición normativa de estos no sería tan clara, en tanto se reconocen al mismo tiempo poderes a la Administración propios de aquellos sistemas en donde puede defenderse su unilateralidad constitutiva. CA

107 DE SOLAS RAFCAS, J. M^a., “Comentario al art. 53 TRLCAP. Perfección de los contratos”, en ARIÑO Y ASOCIADOS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, II, La gestación del contrato*, Comares, Granada, 2003, pp. 671 y ss., en especial pp. 677 y ss

108 Así, se definía al contrato como la obligación recíproca: “*contractus est ultro citroque obligatio*” (LABEÓN-ULPIANO, Digesto 50.16.19). Frente a quienes sostienen que *contractus* signifique consenso o convención, BONFANTE (*Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8^a edición italiana de BACCI, L. y LARROSA, A., revisada por CAMPUZANO HORMA, F., Reus, Madrid, 1929, pp. 399 y 400, en cursiva en el original) mantiene que “la palabra romana *contractus* (elipsis de *contractus negotii* o *negotium contractum*), más que el *acuerdo*, alude y da realce al *negocio* o a la *relación*, causa del *vínculo obligatorio*, ya que la relación objetiva tiene en el Derecho romano mayor peso e importancia que en el Derecho moderno”. Véase también, en el mismo sentido, GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, 2^a edición, G. Giappichelli, Torino, 1950, p. 36. Véase también, D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9^a edición, EUNSA, Pamplona, 1997, pp. 524 y ss.

109 No obstante, también en el ámbito privado es conocida la figura de los contratos forzosos, que serían relaciones jurídico-privadas que no se constituyen voluntariamente. Al respecto, véase DIEZ PICAZO, L., “Los llamados contratos forzosos”, cit., pp. 85 y ss.

6. ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA. VV.	Autores Varios.
ADC	Anuario de Derecho civil
Cc.	Código civil
CONSUCODE	Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
D.Leg.	Decreto legislativo
DTF	Disposición transitoria final
LCAE	Ley 28650, de contrataciones y adquisiciones del Estado
LCE	Decreto legislativo 1017, ley de contrataciones del Estado
LPAG	Ley 27444, del procedimiento administrativo general
NLA	Decreto legislativo 1071, nueva ley de Arbitraje
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
RAP	Revista de Administración pública
RDA-CDA	Revista de Derecho administrativo del Círculo de Derecho administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú
RDAF	Revista de Derecho administrativo y fiscal
RDP _r	Revista de Derecho privado
RDUdeP	Revista de Derecho de la Universidad de Piura
REDA	Revista Española de Derecho administrativo
RGDAI	Revista General de Derecho administrativo IUSTEL
RJP	Revista Jurídica del Perú
RPDAE	Revista Peruana de Derecho administrativo económico
RLCAE	Reglamento de la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, aprobado mediante decreto supremo 084-2004-PCM.
RLCE	Reglamento de la ley de contrataciones del Estado, aprobado mediante decreto supremo N° 184-2008-EF
TUO-LCAE	Texto Único Ordenado de la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, aprobado por decreto supremo N° 083-2004-PCM.