

El Ejercicio de la Conservación del Acto Administrativo en los Procedimientos de Contratación Pública

Reflexiones sobre la Preservación del Procedimiento de Selección en los cuales se ha Configurado un Vicio de Nulidad - Sus Alcances y Aplicación Jurisprudencial

Marco Antonio Martínez Zamora*

“Basándose en el régimen de nulidad del acto administrativo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General, el autor realiza un análisis de los criterios aplicados por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado para determinar en qué casos se debe aplicar el principio de conservabilidad del acto administrativo y en qué casos se debe declarar la nulidad de los mismos”.

1.- Introducción

Una de las instituciones de Contratación Pública más influenciadas por la vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General – aprobado por la Ley N° 27444, ha sido la de la nulidad o, para ser más exactos, su lado opuesto: la preservación del acto susceptible de ser tenido por causal de anulación de un acto de la Administración, en el marco de un procedimiento de selección del postor que será tenido por adjudicatario y con el cual la Entidad finalmente suscribirá contrato. En ese sentido, a partir del año 2002 en adelante, se aprecia una creciente preocupación del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del CONSUCODE (en adelante, el Tribunal) que, reflejada en su jurisprudencia administrativa, procura la continuación del procedimiento en lugar de retrotraerlo a la etapa en la cual se cometió el vicio detectado, bajo la figura de la conservación del procedimiento de selección, entendida como la decisión de no ejercer su potestad anuladora, bajo diversas consideraciones por las que se concluye en la irrelevancia jurídica del vicio detectado.

Ello implica, en pocas palabras, que no todos los casos en los cuales se advierta que existe una trasgresión de

la normativa de la materia deberán ser objeto de una declaratoria de nulidad, sino sólo aquellos que resulten estrictamente relevantes en el orden de las reglas y principios que rigen las contrataciones y adquisiciones del Estado: de lo que se trata es de no afectar en la medida de lo posible la continuidad del procedimiento de selección y la consecuente satisfacción de los intereses de la entidad y, con ella, de la colectividad en general, salvo cuando ello resulte necesario, ya sea para salvaguardar los recursos públicos, la finalidad de la contratación deseada, las reglas disposiciones del debido procedimiento administrativo, la equiparidad de trato entre postores o, en general, los principios que rigen el régimen de compras estatales.

El punto de partida de esta figura, es el artículo 14° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, el cual establece que *“Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora”*¹. Siendo así, la Conservación del Proceso de Selección no sería más que la traslación de los criterios planteados en el citado artículo 14° respecto al conjunto

* Abogado especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública y Seguridad Social, egresado de las Maestrías de Derecho con Mención en Derecho Constitucional y de Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos y con estudios concluidos de Doctorado en Derecho. Se ha desempeñado como Vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el período 2002-2005, como Asesor Legal y Consultor de diversas instituciones estatales y privadas, habiendo ejercido la docencia en materias de su especialidad en diversas instituciones académicas del medio. Actualmente se desempeña como árbitro y consultor especializado en materia de contratación pública. Consejo de Honor de la Asociación Civil Derecho y Sociedad.

1 El mismo artículo define como vicios no trascendentes los actos en los cuales: i) El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación, ii) El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial; iii) El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado; iv) Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio; v) Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

de decisiones complejas que adopta la Entidad en el íter de determinar al postor merecedor de la Buena Pro de una compra efectuada en el marco del régimen de contratación pública, siendo su objetivo central el evitar la nulidad de un proceso de selección específico, por vicios producidos durante su trámite.

Sobre este tema, el primer aspecto que debe tenerse en cuenta en el desarrollo de los supuestos en los cuales resulta permisible conservar un proceso de selección, es que su evaluación es esencialmente casuística, puesto que en los hechos su aplicación no constituye sino una excepción a la regla según la cual una infracción a la normativa de la materia deba acarrear la necesaria nulidad de los resultados. Si bien tal evaluación casuística puede aparecer de partida como arbitraria y conferir con ello un poder desproporcionado al órgano de la Administración que es competente para su evaluación, en los hechos dicho órgano, que no es otro que el Tribunal, ha establecido un conjunto de lineamientos que, salvo contadas excepciones, han dado forma a una figura que hoy en día goza de una innegable trascendencia en el ámbito del régimen de contratación pública, tanto en la obtención de resultados prácticos e inmediatos (posibilidad de contratar de modo expeditivo) como en la propia legitimación del régimen de nulidades (se reserva únicamente a los casos estrictamente relevantes).

De este modo, la Conservación del *Procedimiento* no vendría sino a ser la opción contraria a la nulidad del mismo, en la cual lejos de interrumpir el desarrollo o conclusión de un proceso de selección, la Administración opta por pasar por alto el vicio imputado, en atención a un conjunto de factores que deben concluir en el carácter más gravoso de la nulidad y su desproporción respecto de los vicios encontrados. Dicho de otro modo, viene a ser la figura que evita que cualquier trasgresión del proceso de selección a las normas aplicables a un proceso de selección, concluya definitivamente en su nulidad, debiendo previamente a ello efectuarse un análisis respecto de sus alcances e impacto en el procedimiento en su conjunto. Este aspecto es tanto más relevante si se tiene en cuenta la naturaleza del régimen de compras públicas, en el que la oportunidad de la adquisición mantiene una importancia determinante.

A ello debe aunarse las características especiales de las decisiones adoptadas por la Administración en el marco de un procedimiento de selección, en el que interviene más de un órgano decisorio² e incluso el propio administrado, de modo tal que tenemos una pluralidad de fuentes sobre las cuales analizar si debe procederse a anular o conservar una decisión adoptada en un procedimiento de selección, que en los hechos han desbordado los alcances del citado artículo 14º de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

2.- La institución de la Nulidad en el Régimen Administrativo General

Antes de avanzar en nuestro tema, debemos hacer un primer alto en el régimen general de invalidez de los actos administrativos, que en sus aspectos normativos se halla contemplado en los artículos 10 al 12 de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante la Ley N° 27444³. En tal sentido, la nulidad de un acto administrativo no es otra cosa que el otro lado de la moneda de la Presunción de Licitud, conforme a la cual todo acto administrativo se reputará como válido y surtirá plenos efectos en tanto su invalidez no sea declarada por los órganos judiciales, arbitrales o administrativos pertinentes.

“La nulidad de un acto administrativo, tal como se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, es una de las principales expresiones de las facultades desbordantes de la Administración, que le permite interrumpir de modo unilateral e inconsulto, incluso con efectos retroactivos, los efectos generados por la emisión del acto que se anula.”

Es decir, la Administración no puede asumir que el acto administrativo ha devenido en inválido y ha perdido sus efectos, en tanto no exista una declaración con esos efectos. Es en ese sentido que el artículo 9º de la LPAG, establece que la Presunción de Validez implica que: *“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”*, lo que debe contraponerse con su artículo 10º cuando señala que los supuestos en los cuales un vicio del acto administrativo origina su nulidad de pleno derecho, especificando que los mismos son: i) *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias;* ii) *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14;* iii) *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo*

2 No debe olvidarse que los vicios de nulidad pueden tener su origen en problemas surgidos bien en la redacción de las Bases que rigen el proceso – aprobadas por un ente distinto al Comité Especial, bien en las decisiones adoptadas por el propio Comité Especial en el trámite de un proceso de selección ya sea en contra o respecto a hechos no previstos en las Bases.

3 En adelante, la LPAG.

positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición; iv) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma⁴.

La nulidad de un acto administrativo, tal como se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, es una de las principales expresiones de las facultades desbordantes de la Administración, que le permite interrumpir de modo unilateral e inconsulto, incluso con efectos retroactivos, los efectos generados por la emisión del acto que se anula. En este sentido, el régimen de invalidez en el Derecho Administrativo no sigue necesariamente la misma lógica del Derecho Común, tal como lo señala Santa María Pastor⁵ cuando refiere que:

“El régimen de la invalidez de los actos administrativos se encuentra construido, en sus líneas fundamentales, sobre los principios clásicos que esta teoría ha adquirido en el Derecho Civil a lo largo de la historia. Sin embargo, el concreto régimen jurídico que se halla implícito en dicha teoría sufre muy importantes distorsiones y matizaciones en su aplicación a los actos de la Administración, habida cuenta del conjunto de privilegios que esta ostenta”.

Siendo así, el régimen de invalidez del acto administrativo incluye la posibilidad de que sea la propia Administración la que declare la nulidad de un acto atentatorio del ordenamiento jurídico, con independencia de las facultades que en el mismo sentido le conciernen a las autoridades judiciales o arbitrales. En su modalidad administrativa; es decir en cuanto atribución de autotutela de la Administración, no puede estar definida de modo irrestricto, dada su propia característica desbordante. Ello es justamente lo que propone el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando define los supuestos en los cuales corresponde a los órganos de la Administración decidir respecto de la invalidez de sus actos, de modo tal que el acto administrativo será válido en función a la presunción de validez, en tanto sus efectos no sean enervados por los órganos jurisdiccionales o arbitrales pertinentes, o cuando – bajo causales preestablecidas, sea anulado por la propia Administración.

Es en este punto donde empiezan los problemas. Hemos visto que el citado artículo 10º de la LPAG establece cuatro supuestos en los cuales un acto administrativo deviene en nulo de pleno derecho, pero todos ellos son supuestos absolutamente genéricos que en modo alguno pueden ser equiparados con una tipificación de infracciones o vicios susceptibles de nulidad. En ese sentido, el área gris de nuestra tema empieza en temas tan elementales como ¿Cuándo estamos ante una infracción de normas a la Constitución, la Ley o los Reglamentos? ¿Qué pasa con las normas contradictorias, superpuestas o simplemente imprecisas?, hasta sus extremos altamente complejos, tales como ¿Cuándo estoy ante un supuesto de conservación del acto administrativo?

Empecemos, en este sentido, con revisar los requisitos de validez del acto administrativo contemplados en el artículo 3º de la LPAG, que establece para ellos cinco grupo condiciones relativas a: i) *La competencia*, ii) *El objeto o contenido del acto*, iii) *Su finalidad pública* – entendido como el accionar a favor del interés público específico y no a favor de un distinto o de un interés particular, iv) *Motivación*; v) *Procedimiento regular*⁶.

Como se apreciará fácilmente, la infracción de cualquiera de estos cinco elementos podría coincidir con alguno de las otras tres causales de nulidad contempladas en el citado artículo 10º de la LPAG, especialmente en lo que se refiere a la indebida asunción de competencias por órgano distinto al que debe resolver, la desviación del acto a fines ilícitos a favor de terceros o simplemente contrarios al ordenamiento jurídico o la afectación del debido procedimiento, aspectos que igualmente podrían ser materia de los supuestos contemplados en como infracción a la Constitución, las leyes y los reglamentos, la infracción de plazos o requisitos procesales e, incluso, materia de consecuencias penales.

En este sentido, los supuestos de nulidad contemplados en el artículo 10º de la LPAG no nos dan una respuesta única e inequívoca de qué supuestos deben derivar necesariamente en una declaratoria de nulidad de oficio por parte de la Administración, debiendo necesariamente pasarse en un primer momento por el análisis de conservabilidad del mismo, que en lo que se refiere al régimen de contratación pública - es materia del presente estudio.

4 Esta definición no resulta del todo feliz, especialmente si advertimos que si bien intenta establecer una primera frontera entre los vicios de nulidad conservables y los no conservables, ella no resulta clara, puesto que si bien busca contraponer los supuestos del artículo 14º con los otros tres supuestos de nulidad, ello no resulta tan cierto, teniéndose en cuenta que los vicios menos relevantes a normas reglamentarias o incluso leyes materiales, pueden ser objeto de conservación en razón a su mínimo impacto en el acto generado.

5 SANTA MARIA PASTOR, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo Volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Colección Ceura, Segunda Edición, Madrid 2001, pag. 154.

6 Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

3.- Precisión Previa: Nulidad de Pleno Derecho Versus Anulabilidad

Antes de continuar con el presente tema, debemos hacer una precisión en torno a los conceptos de nulidad y anulabilidad del acto administrativo, que si bien a primera vista podrían parecerse a los supuestos de nulidad y conservación del acto administrativo, no pueden ser tenidos como sinónimos.

Tal como lo señala Santa María Pastor⁷ los conceptos de nulidad de pleno derecho y anulabilidad del acto administrativo, están relacionados tanto con el grado de relevancia del vicio, las consecuencias ex nunc o ex tunc de su declaratoria, como con el órgano y medios procesales pertinentes para obtener su declaratoria. En efecto, en este sentido, el concepto de nulidad de pleno derecho recae sobre supuestos preestablecidos, puede ser declarado por la propia Administración, puede ser solicitada por cualquier persona – en función de que se trata de vicios de orden público y, finalmente, sus efectos son retroactivos al momento mismo de su comisión; por el contrario, los vicios de anulabilidad deben ser declarados como tal únicamente en la vía judicial (o arbitral), por hechos que se estimen atentarios al ordenamiento jurídico aunque no se encuentren tipificados como tal, sólo puede ser solicitado por determinadas personas y carece de efectos retroactivos, siendo posible su convalidación o confirmación⁸.

En lo que concierne a nuestro caso, el artículo 14º de la LPAG establece supuestos en los cuales un acto viciado de nulidad por causal debidamente tipificada en el artículo 10º de la misma norma – y cuya consecuente invalidez aparece como inminente, logra preservarse en función a su escaso o inexistente impacto sobre la situación regulada. Dicho de otro modo, la posibilidad de conservación del acto administrativo – y con ello del procedimiento de selección, materia del presente estudio, recae sobre los vicios denominados como “De puro Derecho”, cuya declaratoria es competencia de la Administración. No es objeto del trabajo analizar la naturaleza o pertinencia de dicha atribución conservatoria⁹, sino simplemente referirnos a su existencia real y concreta para los fines que nos ocupan.

Es decir, en el tema que nos ocupa, estamos ante supuestos en los cuales la Administración puede evitar la nulidad de pleno derecho que recae sobre un acto administrativo, en razón a las características específicas

y concretas que corresponden a la infracción incurrida. Las reglas y criterios jurisprudenciales que se han ido desarrollando alrededor de tal atribución en el régimen de contrataciones y adquisiciones del Estado, es el objeto que nos concierne en el presente caso.

4.- El Régimen de Nulidades Materia de Contratación Pública

Tal como hemos indicado, el punto de partida del presente análisis es la atribución de toda Administración para declarar nulo un proceso de selección. En materia de contratación pública, es el artículo 57º del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 083-2004-PCM¹⁰, el que establece los alcances, órganos competentes y oportunidad de la atribución de nulidad que compete a la Administración, ya sea a través del Tribunal o de la entidad que generó el acto cuestionado, al referir que:

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

El Titular de la Entidad podrá declarar de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio de que pueda ser declarada por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en la resolución recaída sobre los recursos impugnativos que conozca.

Después de celebrados los contratos sólo es posible declarar la nulidad por efectos del artículo 9º de la presente Ley y cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad. Esta facultad es indelegable.”¹¹

Tal como se aprecia, el régimen de nulidades es dual: corresponde al Tribunal cuando ha asumido la competencia de un proceso de selección determinado (en el trámite de un recurso de apelación). Caso contrario, corresponde a la entidad que originó el acto viciado, siempre que no se haya firmado contrato y sea

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

7 SANTA MARIA PASTOR, Juan Alfonso, Op.cit. pag. 54-163.

8 SANTA MARIA PASTOR, Juan Alfonso, Op.cit. pag. 154-155. Sobre este tema, cabe tener en cuenta que es justamente la posibilidad de confirmación o convalidación de los actos anulables, los que generan su confusión con los supuestos de conservación del acto administrativo previstos en el artículo 14º de la LPAG, todos los cuales recaen sobre vicios que, en principio, son de nulidad de pleno derecho.

9 Que podría parecer como contraria a la naturaleza de los vicios de nulidad de pleno derecho, en tanto implica un reconocimiento y persistencia de una infracción al Orden Público. No debe perderse de vista sin embargo, que la conservación de un acto administrativo que adolece de un vicio de nulidad, parte de la noción de que no todos las infracciones al Orden Público tienen un mismo grado y relevancia.

10 En adelante la LCAE.

11 Texto del artículo 57º según la modificatoria establecida por el artículo 1º de la Ley Nº 28911, publicada el 03 de diciembre de 2006 y vigente a partir del 04 de marzo de 2007.

declarada por el Titular institucional de la misma¹². Aún firmado el contrato, es posible que la misma entidad – siempre a través de su titular, declare su nulidad, pero solo por dos vicios específicos (persona natural o jurídica impedida de ser contratista del Estado o por falsedad), puesto que cualquier otro supuesto, una vez firmado el contrato, será de única y exclusiva competencia de las instancias arbitrales pertinentes¹³.

Sobre el tema, un primer acercamiento a la jurisprudencia emitida por el Tribunal en la materia, nos permite advertir que esta es declarada en los casos en los cuales el vicio en el que ha incurrido la Administración (usualmente el Comité Especial o el órgano encargado de aprobar las Bases): i) O bien ha generado distorsiones en la evaluación e igualdad de trato entre los diversos postores; ii) O bien ha afectado el propio objeto de contratación; iii) Igualmente es aplicada cuando se han subvertido los plazos perentorios del procedimiento de selección (denegatoria ficta de los recursos interpuestos)¹⁴.

Así, tenemos que la Resolución N° 078-2007-TC-SU del Tribunal establece en su numeral 8, como fundamento de la nulidad en ella decretada que:

“En consecuencia, al haberse determinado una contradicción en las Bases al fijarse los requerimientos mínimos como factores de evaluación, así como la imposibilidad de asignación de puntaje de manera adecuada debido a un defecto en el sistema de calificación contenido en los factores de evaluación y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el numeral 4 del artículo 171 de su Reglamento, corresponde declarar la nulidad del proceso de selección a fin que la Entidad reformule las Bases Administrativas y proceda a una nueva convocatoria, de conformidad con lo señalado en los fundamentos de la presente resolución” (El subrayado es nuestro).

Del mismo modo, el tema de la distorsión de las ofertas o del resultado como causal de nulidad, se evidencia de la Resolución 908-2006-TC del Tribunal, que en su numeral

11 estableció lo siguiente:

“(…) se advierte que en la subasta inversa analizada no se ha observado los criterios establecidos en el Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Presencial, así como las Bases administrativas, debido a que a partir de la segunda puja no se produjo la competencia entre ofertas a fin de obtener el menor precio final. Esta situación evidencia un error en la conducción de la subasta, pues no debió permitirse que los precios se igualaran; el mismo que distorsionó los sucesivos lances de los postores. En ese sentido, el primer cuestionamiento formulado por la empresa impugnante deviene en FUNDADO, por cuyo efecto debe declararse nulo el otorgamiento de la buena pro de la subasta inversa presencial y deberá retrotraerse el presente proceso de selección hasta la etapa de puja, tomando como precios referenciales los establecidos en los sobres de propuesta económica de los postores” (El subrayado es nuestro).

“(…) a criterio del Tribunal no basta advertir la existencia de un vicio de nulidad para concluir en su declaratoria, sino que adicionalmente a dicha constatación debe haber un elemento justificante, que evidencia una distorsión, disparidad o afectación sustancial de un instituto específico del derecho administrativo.”

Respecto de los casos en los cuales la nulidad se encuentra sustentada en vicios que afectan el objeto

12 A ello debía aunarse que, con anterioridad a la vigencia del Decreto Supremo N° 028-2007-EF la facultad que tenían los órganos de las entidades al resolver los recursos de apelación planteados contra las decisiones del Comité Especial, conforme a lo cual y de modo análogo a la atribución del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, podían declarar la nulidad de los procesos de selección. Cabe señalar que el Decreto Supremo N° 028-2007-EF modificó el sistema de impugnaciones del régimen de contratación pública, eliminando el recurso de apelación a cargo de las entidades y sustituyendo el antiguo recurso de revisión a cargo del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado por un único recurso de apelación, al que se recurre de modo directo contra lo dispuesto por el Comité Especial. Tal cambio rige para todos los procesos convocados con posterioridad al 04 de marzo de 2007.

13 No obstante lo señalado, es importante advertir que actualmente el CONSUCODE viene ejerciendo una extraña prerrogativa, carente de sustento legal y manifiestamente contraria a la regla básica de presunción de licitud del acto administrativo, mediante una especie de control posterior sobre los procedimientos de selección que viene efectuando, en el acto de expedición de la denominada Constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, que deben obtener los postores - luego de obtenida la Buena Pro, como parte de la documentación obligatoria que deben remitir a la entidad en forma previa a la firma del contrato. La expedición de dicha constancia, que debía limitarse a ser un acto de mero trámite, incluso inútil y anacrónico bajo el actual concepto del Registro Nacional de Proveedores (por el cual es posible determinar de la propia página web del RNP - www.rnp.gob.pe la habilidad o no de un postor determinado), se ha constituido en los hechos es una especie de control previo a la firma del contrato, por el cual el CONSUCODE se ha atribuido una facultad discrecional desbordante, negándose a expedir tal documento cuando el funcionario de mesa de partes considere que existe un vicio de nulidad en el proceso (sustancial o conservable - eso es irrelevante para el ejercicio de dicha atribución auto asumida), pese a tratarse de una Buena Pro que ha quedado consentida. Lo grave del tema es que no existe nulidad alguna declarada (por lo cual rige la presunción de licitud contemplada en el artículo 3° de la LPAG), sustituyéndose el CONSUCODE en la voluntad y responsabilidad de la propia entidad - e incluso del Tribunal, pues debe recordarse que de conformidad con el citado artículo 57° de la LCAE, sólo dicho Tribunal y la propia entidad son los órganos competentes para declarar la

14 Debe recordarse que en el régimen de contratación pública, el silencio negativo no es concebido como un derecho del administrado, sino como un deber - en caso pretenda continuar el administrado con la discusión de la materia controvertida, generándose una relación de identidad con la figura de la denegatoria ficta, que para los efectos específicos de la materia que nos concierne, se constituyen como sinónimos. Este tema fue altamente relevante mientras que las entidades mantuvieron la competencia para resolver los recursos de apelación, siendo que la revocatoria por nulidad de toda resolución emitida por la entidad fuera del plazo que tenía para resolver, era de competencia del Tribunal.

mismo del proceso de selección, cabe citar la Resolución N° 1020-2007-TC-SU explica el criterio adoptado por el Tribunal cuando establece en el numeral 14 de su Fundamentación que:

“Si bien la presentación de la copia del DNI ha sido expresamente exigido en las Bases, ello no significa que necesariamente deba ser avalado por este órgano colegiado, ya que a este le corresponde efectuar un análisis de razonabilidad de las disposiciones de las Bases, particularmente de aquellas que han sido aplicadas para descalificar a un postor y que, en el caso presentado se evidencia claramente que colisiona con los principios de la contratación estatal y las normas de la materia. Por consiguiente, de conformidad con el primer párrafo del artículo 57° de la Ley y el numeral 13.2 del artículo 13° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, este colegiado considera que debe declararse la nulidad parcial de las Bases, en el extremo que solicita el requerimiento mencionado, y por ende, tenerse por no puesto, con lo cual la descalificación técnica de los postores impugnantes carece de sustento” (El subrayado es nuestro).

De los ejemplos glosados, puede apreciarse que a criterio del Tribunal no basta advertir la existencia de un vicio de nulidad para concluir en su declaratoria, sino que adicionalmente a dicha constatación debe haber un elemento justificante que evidencia una distorsión, disparidad o afectación sustancial de un instituto específico del derecho administrativo. En el fondo, lo que refiere es que solo procede declarar la nulidad de un procedimiento de selección, total o parcialmente, cuando no resulta posible su conservación.

5.- La Conservación del Acto Administrativo en los Procesos de Selección

En efecto, nos toca entonces referirnos a los supuestos en los cuales cabe conservar el procedimiento de selección, una vez detectada la existencia de un vicio, que en principio implicaría la nulidad de lo actuado, total o parcialmente. Tal como hemos indicado, la posibilidad de conservación recae sobre vicios de pleno derecho, es decir aquellos sobre los cuales la Administración se encuentra facultada para disponer de *motu proprio* la nulidad, sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales o arbitrales.

No puede negarse, en este aspecto, el contenido práctico que concierne a dicha forma de persistencia de la validez del acto administrativo. La declaratoria de nulidad tiene un efecto traumático en el desarrollo de un procedimiento, pues implica la inexistencia de un conjunto de pasos previamente adoptados, que se traducen en tiempo y recursos desperdiciados, amen de las expectativas generadas en uno o más administrados; de ello queda claro que dicha declaratoria no puede ser aplicada de modo irrestricto, sino que debe estar circunscrita a materias en las cuales el vicio imputado era tal, que no podía continuarse con la

tramitación del procedimiento. En este tema, El Tribunal, mediante su desarrollo jurisprudencial, ha establecido reiteradamente, un conjunto de pautas que deben observarse para determinar si un procedimiento de selección era nulo o, por lo contrario, podía ser objeto de conservación, que puede sintetizarse en una análisis que sigue, en términos generales, los siguientes pasos:

- i) Identificación del vicio de nulidad imputado, el que debe encontrarse dentro de los supuestos contemplados en el citado artículo 57° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado;
- ii) Determinación de la existencia del vicio imputado en el supuesto que se analiza, para lo cual debe decantarse si existe una o más interpretaciones posibles que sostengan la legalidad del aspecto cuestionado, debiendo diferenciarse asimismo el interés particular de un postor con el interés colectivo que podría ameritar el uso de la figura extraordinaria de la nulidad;
- iii) Analizar si el vicio, una vez que se ha concluido en su existencia, es insalvable, es decir, no se trate de un vicio sustancial que afecte 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.
- iv) Una vez determinada la posibilidad de conservación del vicio imputado, proseguir con el trámite del procedimiento de ser el caso, en los términos que disponga la resolución que analiza el tema.

Siendo así, es pertinente citar la Resolución N° 651/2004. TC-SU del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Vitalis Perú S.A.C. contra la Fuerza Aérea del Perú), referida a una nulidad dispuesta por la Entidad sin tener mayor fundamento para ello. Cabe citar en este aspecto el segundo párrafo de su Fundamentación, en cuanto señala que “(...) debe entenderse que la declaración de nulidad de un acto administrativo debe ceñirse a los supuestos de hecho señalados en las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado”, así como en lo expuesto en la parte final del acápite 9 en cuanto al referirse al proceder de la Entidad y a su írrita resolución de nulidad de oficio, establece que “**Lo contrario** (amparar la actitud de la Entidad), **implicaría amparar el ejercicio abusivo del derecho por parte de las entidades públicas, al emitir actos administrativos que afecten derechos e intereses de los administrados sin motivación alguna que justifique la decisión adoptada**” (El subrayado es nuestro).

Más clara aún resulta la Resolución N° 220/2006.TC-SU que dejó sin efecto la declaratoria de nulidad decretada por la Entidad y ratifica la Buena Pro al postor originalmente beneficiario de la misma. Resultan bastante claros los numerales 13 al 18 de dicha Resolución, los cuales se explican por sí mismos y explican como, en casos que

el que nos ocupa, no resulta permisible la declaratoria de oficio de la Entidad:

“13. La nulidad de oficio del proceso de selección, según el artículo 57 de la Ley, podrá ser dictada si se advierte que los actos administrativos expedidos por la Entidad han sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico, prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa vigente.

14. Del análisis de la resolución impugnada tenemos que ésta se fundamenta en la afectación individual del interés del postor recurrente, al recoger y hacer suyos los argumentos expuestos en el recurso de apelación del mismo, al considerar que el ingeniero especialista en impacto ambiental propuesto por el CONSORCIO VIAL SUR cumplía con los requisitos de las Bases, tomando el tiempo de ejercicio de la profesión desde la obtención de su colegiatura, en detrimento de la interpretación sostenida por el Comité Especial.

“(...) en el análisis de determinación de la existencia o no de un vicio de nulidad, antes de dilucidar si el mismo resulta conservable o no, debe evaluarse primero si existe una interpretación acorde con la normativa aplicable o que, en todo caso, sea la única lectura posible como consecuencia de un análisis integral del caso.”

15. De lo cual se evidencia que la Entidad en la Resolución Ministerial N° 027-2006-MTC/02, no declara la nulidad de oficio en virtud de un acto expedido por un órgano incompetente, pues el Comité Especial es el encargado de evaluar las propuestas, como ocurrió en este caso, ni tampoco en la contravención de la legalidad y el ordenamiento jurídico, debido a que la actuación del Comité Especial se enmarca dentro del ámbito de sus atribuciones, ni mucho menos contiene un imposible jurídico o ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la Ley.

La Entidad únicamente se ha amparado en la facultad de declarar la nulidad de oficio pero no ha invocado las causas, de acuerdo al artículo 57 de la Ley, que la legitimarían a tomar una decisión en este sentido, sino que por el contrario, ha resuelto el recurso de apelación del impugnante.

16. Bajo estas consideraciones, se advierte que la Entidad ha distorsionado y confundido la figura y finalidad de la nulidad de oficio, la cual tiene por objeto proporcionar a la Administración una herramienta para sanear el proceso, cuando este se encuentre viciado de nulidad insalvable que afecten normas de orden público y de irregularidades, siempre que no medie la interposición de una impugnación con tal fin, ya que en este caso corresponde que la Entidad se pronuncie en uso de las facultades de solución de controversias que le ha otorgado específicamente la Ley.

17. En consecuencia, ha quedado claramente establecido que la Entidad en la Resolución Ministerial N° 027-2006-MTC/02 ha dictado la nulidad del proceso de selección a pedido de parte, lo que implica el acogimiento de la pretensión del impugnante, con lo cual ha ejercitado su potestad resolutoria y no la referida al artículo 57 de la Ley.

18. Asimismo, el artículo 56 de la Ley establece que en caso las Entidades no resolvieran y notificaran sus resoluciones dentro del plazo establecido en el Reglamento, los recurrentes considerarán denegados sus recursos, debiendo impugnar la denegatoria ficta dentro del plazo que fija el Reglamento. Es decir, que en la denegatoria ficta el impugnante asume que la Entidad tuvo por no acogidas sus pretensiones, cuando ésta no ha resuelto el recurso de revisión en el plazo previsto en el inciso 2 del artículo 158 del Reglamento.”

Siguiendo la línea antes planteada, en el análisis de determinación de la existencia o no de un vicio de nulidad, antes de dilucidar si el mismo resulta conservable o no, debe evaluarse primero si existe una interpretación acorde con la normativa aplicable o que, en todo caso, sea la única lectura posible como consecuencia de un análisis integral del caso. Esto puede advertirse claramente de la Resolución N° 1079-2006-TC del 30 de noviembre de 2006 (Consorcio Cajabamba con ELECTROPERU S.A.), que en los numerales 10 al 12 de su Fundamentación, estableció lo siguiente:

“En esta línea de análisis, debe tenerse presente que la finalidad de dicho factor no se agota con la presentación de determinados documentos, como en este caso son los contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad sino que, resulta aceptable la presentación de todo aquel documento que cumpla con el propósito de acreditar la participación efectiva y real del profesional propuesto por el postor en la ejecución de las obras similares presentadas para ser calificada, (...)

Así entendido, las propuestas deben evaluarse de manera conjunta e integral, para lo cual la Entidad deberá aplicar los principios y normas jurídicas de la materia, dentro de un contexto que incida en la plena satisfacción de sus necesidades en tiempo oportuno y en plena observancia de los derechos e intereses de los administrados.

(...)

Conforme a las consideraciones expuestas, es menester indicar que en virtud a los principios que rigen la contratación pública, la interpretación y posterior aplicación de los criterios de evaluación establecidos en las Bases no deben incidir en la adopción de decisiones extremadamente formalistas y carentes de razonabilidad que impidan o discriminen la libre concurrencia de postores y, por ende, perjudiquen la selección de la oferta de mejor calidad y de menor costo posible para el Estado; máxime si como en el presente caso, el consorcio recurrente ha adjuntado actas de recepción y certificados de trabajo que contienen información suficiente para acreditar la experiencia solicitada en las Bases.

En tal sentido, resulta relevante indicar que la Entidad no ha cuestionado la validez e idoneidad de dichas obras, por lo que no existe razón válida para denegar su valor, correspondiendo que la Entidad, en caso de considerarlo necesario, efectúe la verificación posterior¹⁵. (El subrayado es nuestro)

En cuanto a la aplicación específica de los supuestos de conservación, ello parte de identificar una causal de nulidad específica y verificar su directa existencia y pertinencia al supuesto analizado. Sólo entonces, cabrá preguntarnos si tal vicio de nulidad – real e indubitablemente existente, debe acarrear la declaratoria de nulidad del proceso de selección o si, por el contrario, su sola existencia no amerita una respuesta de tal impacto, pudiendo continuarse con el proceso de selección, es decir, procediéndose a su conservación. Esta pregunta se la hace el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en la Resolución N° 374-2007-TC-S2 del 20 de abril de 2007, cuando sostiene – en los numerales 6 al 11 de su Fundamentación, que:

“En este sentido, resulta pertinente indicar que las Bases integradas son las reglas definitivas del proceso de selección cuyo texto contempla todas las aclaraciones y/o precisiones producto de la absolución de consultas, así como todas las modificaciones y/o correcciones derivadas de la absolución de observaciones y/o del pronunciamiento de CONSUCODE; o, luego de transcurridos los plazos para dichas etapas, sin que los participantes las hayan formulado. Asimismo, el artículo 117 del Reglamento indica que, en los casos en que no se hubiese elevado las bases al CONSUCODE, corresponde al Comité Especial, bajo responsabilidad, integrar las bases conforme a lo dispuesto en los pliegos de absolución de

consultas y de absolución de observaciones, pues, en caso contrario, resultará inválido el proceso de selección.

De lo expuesto, puede advertirse que el Comité Especial ha realizado una inadecuada integración de las Bases, conforme lo ha manifestado RÍMAC. Sin embargo, es necesario analizar si dicho vicio en el trámite del procedimiento ha distorsionado las reglas del proceso de selección, de tal manera que haya limitado la libre concurrencia de postores o causado algún perjuicio a los participantes del proceso.

Debe tenerse en cuenta que en el proceso de selección del cual deriva la presente controversia, el postor RÍMAC no obtuvo el máximo puntaje técnico porque no presentó todas las mejoras que pudo haber ofrecido, situación que se debe únicamente a una decisión de este postor. Asimismo, el postor que ocupó el tercer lugar obtuvo el máximo puntaje técnico, siendo relegado en el orden de prelación debido a que su propuesta económica fue más alta que la de sus competidores.

Por tanto, si bien constituye un vicio no haber publicado Bases integradas cuyo texto incluya las modificaciones producto de los pliegos de absolución de consultas y observaciones, no debe obviarse que, en el caso en concreto, ello no ha afectado el normal desenvolvimiento del proceso de selección ni la concurrencia de postores. En este sentido, resulta aplicable la conservación del presente proceso de selección, lo cual se encuentra permitido en el numeral 14.2.4 del artículo 14 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en tanto, aun cuando se hubiesen integrado correctamente las Bases, ello no habría variado el resultado final de la calificación técnica de los postores.

En este orden de ideas, puede observarse que no ha existido perjuicio alguno para los postores, quienes han presentado sus propuestas de conformidad con lo solicitado en las Bases y los respectivos pliegos absolutorios. Esto debido a que un simple cotejo entre las Bases y las respuestas a las consultas y observaciones bastaba para entender lo que ellas requerían, lo que significa que de manera transparente los postores estaban en aptitud de conocer toda la información necesaria para participar en el proceso de selección, no afectándose los principios de transparencia¹⁶, imparcialidad¹⁷ y trato justo e igualitario¹⁸.

15 **1.16. Principio de privilegio de controles posteriores.**- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

16 Inciso 5 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.- “Principio de Transparencia: Toda adquisición o contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación de las adquisiciones y las contrataciones. Salvo las excepciones previstas en la Ley y el Reglamento, la convocatoria, el otorgamiento de buena pro y resultados deben ser de público conocimiento”.

17 Inciso 3 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.- “Principio de Imparcialidad”: Los acuerdos y Resoluciones de los funcionarios y dependencias responsables de las adquisiciones y Contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la Ley y el Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.

18 Inciso 8 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.- “Principio de Trato Justo e Igualitario”: Todo postor de bienes, servicios o ejecución de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes a las de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de Ley.

Es por ello que sustentar la nulidad bajo el argumento de la posibilidad o potencialidad de causar algún perjuicio, lo cual no ha ocurrido, como ya se ha indicado, no resulta pertinente debido a que no existe un daño concreto, no se afectó el derecho de ninguno de los postores ni se infringieron los principios rectores de la contratación pública. Lo contrario implicaría una decisión desproporcionada, que originaría la innecesaria dilación del proceso y de la satisfacción de la necesidad de La Entidad, lo cual se encuentra reñido con los principios de economía¹⁹ y de celeridad²⁰.

Ello aconseja la conservación del acto, regulado expresamente en nuestro ordenamiento legal.”

6.- Los Límites de la Conservación del Procedimiento de Selección

Tan importante como analizar los alcances y condiciones en los cuales cabe aplicar la conservación del acto administrativo en el procedimiento de selección, es el de definir sus límites, tanto en su frontera máxima de aplicación como en su frontera mínima. De ello, podremos apreciar, por un lado, que los supuestos de conservación incluyen también los actos separables, de modo tal que una nulidad por más grave y extrema que sea, no puede desbordar los límites de aquello estrictamente afectado por el vicio detectado; en su límite inferior, por el contrario, cabría determinar si es posible tolerar un mínimo de afectación – y hasta qué grado, un tercero se verá perjudicado por la conservación del acto viciado de modo no sustancial.

Sobre el primer tema, cabe citar la resolución del Tribunal N° 205-2007-TC, la misma que dio a solución la controversia planteada por Consorcio La Positiva contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo, respecto del ítem 3 del Concurso Público N° 009-2006-CMAC Trujillo, como consecuencia de la declaratoria de nulidad dispuesta por la Entidad respecto de todo el proceso de selección, integrado por un total de tres ítems. La decisión que motivó el recurso fue el Acuerdo de Comité de Gerencia de fecha 12 de diciembre de 2006, por el que se concluyó que el proceso, en sus tres ítems, devenía en nulo por cuanto el Comité Especial integró incorrectamente las bases del proceso de selección convocado, toda vez que no incorporó en el texto de las bases integradas la absolución de consultas efectuada, lo cual podría haber inducido a los postores a errores o deficiencias en la presentación de sus propuestas, transgrediendo el principio de libre competencia.

En este escenario, del caso se advierte que la indicada medida de la Entidad fue cuestionada por el postor que había resultado adjudicado en el ítem 3 del proceso, el que sostuvo que la nulidad de oficio constituye un remedio administrativo residual y excepcional que opera en defecto de toda posibilidad de conservación del acto administrativo, siendo que la nulidad de un proceso de

selección debe sustentarse en una grave afectación a las normas de orden público y no debe confundirse, como en el caso materia de autos, con la mera discusión de factores de evaluación o el puntaje asignado a un postor específico. En tal sentido, solicitó de modo expreso que la nulidad se circunscriba únicamente a la parte directamente afectada por el vicio, circunscrita al ítem 1, debiendo conservarse el resto del proceso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por su parte, el tercero administrado invocó que el vicio imputado, en este caso una mala integración de las Bases en cuyo texto final no se incorporó una mejora que debía ser ofertada en el ítem 1 para efectos de obtener cinco (5) puntos, afectaba la validez de todo el proceso de selección, pese a que la parte dañosa estaba circunscrita únicamente al ítem 1. Para ello, invocó como sustento central la voluntad del Legislador, expuesta en los artículos 117° y 118°, conforme a los cuales se sanciona con la nulidad del proceso en el cual las Bases no han sido adecuadamente integradas, incorporando el texto de las respuestas a las consultas y observaciones.

La decisión del Tribunal de Contrataciones amparó la pretensión del postor recurrente a la vez que sintetiza su anterior doctrina en torno al Principio de Conservación del Procedimiento de Selección, cuando al declarar fundada la pretensión del reclamante sostiene, en sus numerales 6 al 13 que:

“Se analizará en principio, si, como señala La Positiva, la causa alegada por La Entidad para declarar la nulidad del proceso no es tal y que, contrariamente, debió conservarse el proceso en lo que respecta a los demás ítems, considerando que el defecto en la integración de las bases sólo tuvo efectos y distorsionó la competencia en el ítem N° 1 y no en el ítem N° 3.

(...)

Según se ha indicado en el segundo párrafo del numeral 2 de la presente fundamentación, Latina afirma que el Comité Especial soslayó integrar correctamente las bases. En el ítem N° 1 del proceso este error de los encargados de integrar las bases consistió en que en el texto final de dicho documento no se plasmó una modificación trascendente que añadía que la mejora en la cobertura del límite asegurado por concepto de cobertura por delitos cometidos por computadora/crimen informático había sido modificada y que era necesario añadir un nuevo concepto (“Conv. I Deshonestidad”) para ser acreedor de la máxima puntuación en éste ítem.

El problema en este caso es que se ha demostrado un daño directo a Latina como consecuencia del defecto en la integración de las bases. Efectivamente,

19 Desarrollado en el numeral 6 del artículo 3 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

20 Desarrollado en el numeral 1.9 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

examinado el cuadro de puntuación elaborado por el Comité Especial²¹ se observa que Latina fue calificada en este factor con 90 puntos, mientras que los demás obtuvieron 100 puntos. Esta relación directa entre un perjuicio causado y la causa (deficiente integración de las bases) permite concluir que ha ocurrido una grave afectación en los intereses y derechos del postor impugnante, lo que debe ser remediado a través de los medios que franquea la ley para estos casos, específicamente la nulidad de que trata el artículo 57 de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Los efectos de un error en la integración de las bases han sido previstos en el artículo 117 del Reglamento de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma cuyo segundo párrafo dispone que si las bases no son integradas conforme a lo dispuesto en los pliegos de absolución de consultas y de observaciones el proceso resultará inválido.

La integración consiste en la elaboración de las bases en un texto refundido que albergue todas las modificaciones o precisiones que se hayan operado como consecuencia de la absolución de consultas y observaciones. Esto no fue cumplido por el Comité Especial, que manifestó que mas bien la obligación de los postores consiste en estudiar toda la documentación y postular según lo disponen tales documentos. Esta posición es errónea porque la claridad de las reglas de juego requiere que exista un texto final, sin que los postores soporten la carga de tener que indagar entre toda la frondosa documentación que suele existir en los procesos de selección.

Si bien existe un vicio en el proceso, específicamente en la integración de las bases, cuya consecuencia jurídica es la "invalidez del proceso", según dispone el artículo 117 del Reglamento, debe determinarse cuál es el alcance de la nulidad aplicable. Latina sostiene que la nulidad debe extenderse a todo el proceso, es decir, a todos los ítems de éste. Afirma que el artículo 117 del Reglamento conduce a ello porque señala que la invalidez afecta al proceso como tal.

Este Tribunal considera que cuando el artículo 117 del Reglamento se refiere a la invalidez del proceso alude a la nulidad del acto administrativo que ha sido regulada en el Capítulo II del Título II de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo artículo 8, precisamente, dispone que es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico, lo que conduce a la conclusión, contrario sensu, que es inválido el acto que no se ciñe al Derecho, que es lo que ha sucedido en este caso, al no haberse integrado las bases de conformidad con lo que establece el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Latina sostiene que el efecto de la nulidad señalada es que todo el proceso, es decir, los tres ítems conformantes de éste, deben ser declarados nulos porque el artículo

117 del Reglamento señala que la invalidez afecta al proceso y se trata de una norma especial. Este Tribunal no participa de esta posición, porque si bien la Ley y su respectivo Reglamento son especiales en lo que respecta a la regulación de las normas a que debe ceñirse la contratación pública, no por ello debe dejarse de acudir a la regulación general o al Derecho Común, si es el caso, cuando haya que decidirse respecto de asuntos cuya regulación no se agota en las disposiciones de la contratación pública.

En el caso analizado, si bien el artículo 117 del Reglamento dispone que la deficiente integración de las bases acarrea la invalidez del proceso, los efectos de tal invalidez deben ser mensurados a la luz de las disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la que, por su parte, admite que un acto nulo puede ser objeto de conservación cuando el vicio no sea trascendente.

Pese a que la Entidad no ha examinado en la resolución impugnada cuál ha sido específicamente el defecto de la integración de las bases, todas las partes han coincidido en señalar que el principal defecto de la integración se presentó en el ítem N° 1, en el que, como se ha señalado en el último párrafo del numeral 3 del presente análisis, se advierte que el defecto de la integración originó que la oferta de Latina haya sido calificada con menor puntuación, daño perfectamente delimitable.

Si la nulidad se circunscribe a una afectación del derecho de los postores en un único ítem ¿debe por ello declararse la nulidad de todo el proceso, es decir, de todos los ítems? Este Tribunal sostiene que la respuesta es negativa porque en los ítems en los que el vicio no ocasionó distorsión alguna estamos precisamente frente a la hipótesis de que trata el artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone que la nulidad no se dicta cuando el vicio sea intrascendente, es decir, cuando no haya tenido efectos o éstos sean marginales, es decir, intrascendentes para la validez del acto administrativo.

Portanto, la Ley del Procedimiento Administrativo General debe ser aplicada porque regula el régimen de la nulidad de los actos administrativos, lo que no es el objeto ni tiene por qué serlo en el caso de la regulación de la compra pública, que simplemente señala que el defecto de la integración de las bases es la nulidad del proceso.

Si se acoge la tesis de Latina la consecuencia es la siguiente: (i) En caso de que en un proceso de selección convocado por relación de ítems un vicio intrascendente afecte a todo el procedimiento, debe declararse la nulidad de todo el procedimiento, no importando que tal vicio haya sido precisamente intrascendente, es decir, sin importancia alguna de cara a los elementos de validez del acto administrativo; y, (ii) Si un vicio trascendente afecta únicamente a uno de dos

mil ítems convocados en un proceso, por ejemplo, debe declararse la nulidad de los dos mil ítems, pese a que 1 999 de ellos no sufrieron efecto alguno de la nulidad.

Este Tribunal sostiene que éste, como todos los casos, deben regirse por una interpretación de la norma que atienda a los efectos que ésta produce en la realidad, con respeto de su texto expreso, el cual muchas veces no admitirá interpretación contraria (Clara non sunt interpretant). Si el texto de ésta puede ser interpretada en un sentido conveniente para el interés común, no debe preferirse un criterio interpretativo mecánico, desprovisto de una básica reflexión respecto del costo – beneficio (Summa lex summa iniuria). Ello no es meramente declarativo porque cada proceso de selección demanda gastos en tiempo y recursos tanto a los agentes privados como al propio Estado.

“(…) alcances objetivos de la figura de la conservación del procedimiento de selección: No se limita a vicios de nulidad accesorios, intrascendentes o limitados a supuestos que puedan pasar como similares a los supuestos de subsanación, sino que puede alcanzar aspectos clara e indubitadamente sustanciales, siempre que sea posible diferenciar – y aislar – el vicio incurrido del resto del proceso.”

La aplicación de este criterio interpretativo al caso analizado se refuerza porque en el ítem N° 3 no se produjo afectación alguna a Latina como producto de la deficiente integración de las bases, pues según los cuadros de evaluación, todos los postores obtuvieron 100 puntos, habiéndose adjudicado la buena pro a la oferta económica más conveniente. Por el contrario, la

causa de descalificación de Latina fue otra, que no ha sido controvertida por el referido postor.”

La posición del Tribunal en este aspecto no sólo ratifica sus anteriores pronunciamientos respecto a lo que debe entenderse por vicio de nulidad y aquello que no lo es, sino que en adición al análisis que efectúa sobre el carácter conservable de un vicio, establece el marco teórico para determinar sus alcances, puesto que hasta el momento de la emisión de la resolución que analizamos, no había respondido si dicha conservación sólo debía circunscribirse a los vicios respecto de los cuales no cabía duda sobre su carácter accesorio o derivado, o si por el contrario, podía extenderse a casos considerados como sustantivos por el Legislador y expresamente contemplados como nulos en la legislación vigente.

Un primer aspecto que puede apreciarse, en este sentido, es que el Tribunal no discute que el vicio imputado efectivamente es de nulidad. En efecto, las Bases fueron mal integradas al no haber incorporado una mejora que debía ofertarse en el ítem 1, lo que derivó que uno de los postores, no oferte dicho beneficio en dicho específico ítem. Sin embargo, a partir de ese momento se aparta de la posición del tercero administrado y de la Entidad, puesto que – sin negar la existencia de la trasgresión del artículo 117° y 118° del Reglamento en torno a las reglas de la integración, pasa a concluir que dicho problema resulta aislable a un único ítem, de modo tal que carece de objeto afectar a todo el proceso. Concluye entonces, que el artículo 14° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Conservación del acto administrativo), resulta coherente y puede coexistir con el de nulidad parcial (artículo 12° del mismo cuerpo normativo).

Un segundo aspecto, quizás el más importante para efectos del presente análisis, es que dicha resolución delimita los alcances objetivos de la figura de la conservación del procedimiento de selección: No se limita a vicios de nulidad accesorios, intrascendentes o limitados a supuestos que puedan pasar como similares a los supuestos de subsanación²², sino que puede alcanzar aspectos clara e indubitadamente sustanciales, siempre que sea posible diferenciar – y aislar – el vicio incurrido del resto del proceso²³.

Dicha posición se condice con lo previsto en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, debe estar sustentada en una grave afectación a las

22 Es frecuente la confusión entre omisiones subsanables y vicios sujetos de conservación, siendo que se tratan de materias de base radicalmente distinta. En el primer caso, estamos ante aspectos meramente formales, atribuibles al postor, tales como omisiones en las firmas o en el foliado, cuya reparación (a través de un acto del postor omitente) no afecta su propuesta técnica; en el segundo caso, por el contrario, estamos ante un supuesto esencialmente atribuible a la Entidad que aprobó las Bases o al Comité Especial que las aplicó, que genera un incumplimiento manifiesto de la normativa vigente, pero que más allá de ello – y sin perjuicio de la responsabilidad en la que ha incurrido la Entidad o el Comité Especial, no debe acarrear la declaratoria de nulidad del proceso, por considerarse una consecuencia excesivamente gravosa por no haber pasado de ser un vicio cierto, pero sin efectos distorsionantes en el procedimiento de selección.

23 Artículo 13.- Alcances de la nulidad (LPAG)

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

13.3 Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio.

normas de Orden Público, que agreda el interés general, de modo tal que no puede extenderse más allá de los aspectos que resulten atentatorios contra el interés general, que no puede ni debe confundirse con la mera discusión de puntaje, factores de evaluación o cumplimiento de requisitos de un postor individual específico. En este sentido, cabe tener en cuenta que similar criterio, en el caso de Bases integradas, ha sido reiterado por el Tribunal en sucesiva jurisprudencia durante el presente año, en todos los casos en los cuales no se ha advertido una afectación a terceros, al menos de forma sustantiva.

En el otro extremo, sin embargo, no puede negarse que toda decisión conservativa, implica al menos un mínimo de afectación a un tercero, que en virtud de la nulidad que pudo declararse – o que fue revocada según el caso, se encontraba ad portas de adquirir la condición de postor adjudicado o por lo menos de volver al partidador inicial en el cual podía volver a tener nuevas opciones de presentar su propuesta (mejorada) y tentar la Buena Pro de la convocatoria. Debe tenerse en claro que en el análisis que nos ocupa, siempre que haya una pluralidad de postores, la conservación del procedimiento de selección implica una vuelta a la competencia de postores que por uno u otro vicio considerado no relevante, habían resultado relegados del procedimiento de selección o, por lo menos, de la primera ubicación.

Siendo así, debe preverse cuál es el límite máximo de afectación a dicho tercero, que debió beneficiarse de la nulidad que no se declara. Somos de la opinión que el nivel de tolerancia de dicho tercero, debe estar circunscrita a los casos en los cuales no se invierte a un afectado por otro, es decir cuando la conservación del acto viciado no implica a su vez excluir del procedimiento de selección al postor que no había sido perjudicado por el vicio conservado. Así por ejemplo, queda claro que si el elemento de análisis era la eventual nulidad de un procedimiento de selección por vicios que perjudicaban a la mitad de los postores, la solución puede implicar que tanto los perjudicados como los no perjudicados participen de una nueva evaluación (en caso que del análisis de conservabilidad ello resulte posible), pero de ningún modo, podría concluirse que, en virtud de la conservación del procedimiento, se descalifique a los postores que originalmente no se habían visto afectados²⁴.

7.- Defensa Final del Ejercicio de la Potestad Conservatoria por el Tribunal

No debe olvidarse que, a diferencia de los órganos que elaboran, aprueban o supervisan las Bases de los procesos de selección, la labor del Tribunal no es la de definir el marco normativo sobre el cual los postores competirán, sino resolver aspectos oscuros, vacíos no contemplados o simplemente adaptar la norma abstracta a la riqueza y variedad de casos concretos, respetando en todo momento el Estado de Derecho y el debido procedimiento administrativo.

Por otro lado, la inexistencia de los supuestos de conservación, podría llevarnos a un escenario altamente conflictuado, en el que los procedimientos de selección podrían multiplicar su duración por hechos que bien podrían haber sido salvados, conforme todo lo anteriormente expuesto.

En todo caso, será responsabilidad del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicar con el debido cuidado y razonamiento, los supuestos en los cuales el procedimiento de selección amerita su conservación, en el orden y razonamiento previamente definido por dicho órgano, a fin de evitar supuestos en los cuales el loable fin de proseguir con el trámite de contratación y adquisición respectiva, pueda guardar inequidades o distorsiones entre los postores, producto de una aplicación excesiva del *Principio de Conservación del Procedimiento de Selección*²⁵.

8.- Algunas Conductas Erráticas

Todo lo expuesto no puede sin embargo soslayar que, pese a los reiterados pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el sentido antes expuesto, existen casos en los cuales el pronunciamiento de dicho órgano resulta particularmente “sorprendente”, ya sea porque se ha aplicado la conservación del procedimiento del procedimiento de selección en exceso (conservación con afectación de terceros)²⁶, como porque se anula un procedimiento por vicios no invocados ni analizados durante el procedimiento – sin efectuar el necesario análisis de conservabilidad, tal como ocurrió en el caso de la Resolución N° 1062-2008-TC-S4 del 14 de abril de 2008²⁷, en la cual el proceso se anula por un conjunto de argumentos que más parecen propios

24 Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en determinados casos, en una solución con la que discrepamos, ha optado por conservar el procedimiento de selección pese a que tal solución en los hechos implicaba perjudicar la propia posición de uno de los postores respecto de los originalmente afectados con el vicio conservado. Es el caso de la Resolución N° 1111-2007-TC del Tribunal (Expediente N° 1417-2007-TC), por la cual la falta de precisión en las Bases respecto a las reglas de conversión de la oferta en nuevos soles y dólares (donforme se exigía para dicho proceso), había devenido en respuestas distintas por parte de los distintos postores: En este caso la solución obvia era la nulidad de pleno derecho, sin observación de conservación alguna, pese a lo cual el Tribunal optó por conservar el proceso aún cuando en los hechos ello implicaba excluir de toda opción de éxito al postor que había seguido una de las interpretaciones posibles de las Bases en su falta de precisión de la que adolecía.

25 Aspecto que amerita un estudio independiente al presente.

26 Es el caso de la Resolución N° 1111-2007.TC-S2 del 13 de agosto de 2007, en el cual el vicio de nulidad radicaba en información incongruente que había determinado que unos postores presentasen su oferta con un tipo de cambio, mientras que el resto lo hizo con uno distinto, que también se podía deducir del propio texto de las Bases. El Tribunal, en este caso, optó por conservar el procedimiento de selección, pese a que ello implicaba afectar de modo directo a los postores que habían optado por una de las dos opciones que podían deducirse de la imprecisión de la Entidad. En este caso, definitivamente, la conservación resultó excesiva, puesto que ya no solo se permitía el ingreso, reingreso o permanencia de uno o más postores, sino que además se estaba excluyendo de toda posibilidad de éxito a otro tanto de ellos, rebasando los límites máximos de la conservación del procedimiento administrativo.

27 Adjudicación Directa Selectiva N° 004-2007-MPV/PI, convocada por la Municipalidad Provincial de Virú, para la adquisición de equipos médicos.

de un pronunciamiento sobre las Bases (en etapa de elevación a CONSUCODE), que una resolución del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Es más, en este caso, se advierte que lejos de analizar si el producto cumple con la finalidad de la convocatoria, se pierde por el contrario en una serie de disquisiciones sobre el nombre que debe darse al expediente, pues concluye de modo trascendental para determinar la nulidad, que no debió designarse "Expediente Técnico" por ser un término utilizado en obras y no en servicios y bienes, en otros argumentos de similar "relevancia"²⁸.

9.- Conclusiones

Hemos visto en el presente estudio que la conservación del procedimiento de selección, es una atribución que tiene la Administración, dentro de los supuestos de conservación del acto administrativo previstos en el artículo 14° de la LPAG, que tiene como objeto evitar dilaciones innecesarias y respuestas desproporcionadas a los eventuales vicios de nulidad detectados, pero cuya trascendencia o bien sea inexistente o bien sea lo suficientemente irrelevante para ameritar la efectiva declaratoria de nulidad del trámite de determinación del postor adjudicatario de la Buena Pro del íter de

contratación. En este sentido, el Tribunal ha establecido un conjunto de pautas, que tienen como objeto efectuar un análisis de razonabilidad, en el que primero debe evaluarse si el vicio imputado efectivamente existe, para luego proceder a determinar si dicho amerita una respuesta tan radical de la Administración, como la nulidad del procedimiento.

La atención de estos casos es definitivamente casuística. No resulta posible establecer reglas objetivas e iguales para todos los casos, más aún si se tiene en cuenta que una de las funciones del Tribunal antes que velar por la pureza de la normativa, es la de analizar la posibilidad de adjudicar la Buena Pro en un procedimiento de selección, siempre que su trámite haya sido efectuada de conformidad con los principios y reglas esenciales del régimen de contratación, evitando distorsiones que generen tratos diferenciados o, en general, inequitativos entre las partes; dentro de ello, la atribución del Tribunal de conservar el procedimiento se constituye como un elemento central de innegable importancia al momento de resolver los casos planteados. En todo caso, dicha atribución debe ser ejercida con la responsabilidad y mesura necesarias, a fin de que las decisiones de la Administración conserven la legitimidad que necesitan 

28 El hecho resulta tanto más cuestionable si se tiene que en cuenta que tales vicios de nulidad no fueron ventilados durante el proceso, ni mucho menos su importancia fue sometida al antes mencionado análisis de conservabilidad. De hecho, se trató de un exceso particularmente notable si se tiene en cuenta que, con ello, la Entidad retrasó la adquisición de equipos médicos, con el inmediato perjuicio de la población destinataria.