

OPINIÓN N° 016-2022/DTN

Entidad: Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES

Asunto: Solicitud de nulidad de un procedimiento de selección a pedido de parte

Referencia: Formulario S/N de fecha 24.FEB.2022 – Consulta sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de la Oficina General de Asesoría Jurídica, señora (ita) Karla Elizabeth Espinoza Malatesta, consulta sobre el tratamiento de solicitudes de nulidad de un procedimiento de selección a pedido de parte.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225, y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444; así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N°2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que las consultas N°s 3 y 4 no han sido planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo que no resulta posible, en vía de opinión, definir las acciones a adoptar por parte de un determinado órgano ante una situación en concreto, toda vez que ello excedería la habilitación legal conferida a través de lo establecido en el artículo 52 de la Ley.

De otro lado, las consultas que sí han sido admitidas, serán absueltas en un orden distinto al formulado para una mejor estructuración del análisis.

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N°377-2019-EF, el Decreto Supremo N° 250-2020-EF y Decreto Supremo N° 162-2021-EF.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

2.1 “DEBE ENTENDERSE QUE LOS PARTICIPANTES O POSTORES QUE SOLICITEN LA NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN EN EL QUE PARTICIPAN DEBERÁN HACERLO ANTE LA ENTIDAD O EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO SEGÚN LOS TOPEES ESTABLECIDOS EN EL NUMERAL 41.3 DE LA LEY Y CUMPLIENDO LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA RECOGIDOS EN EL REGLAMENTO?” (Sic).

2.1.1 Tal como se señaló en los antecedentes de la presente Opinión, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.

Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación, se efectuarán alcances de carácter general relacionados a la figura de recurso de apelación y la nulidad del procedimiento de selección.

2.1.2 En primer lugar, debe indicarse que, de conformidad con lo indicado en el numeral 41.1 del artículo 41 de la Ley: “*Las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento.*”

Conforme a lo anterior, los sujetos legitimados para interponer el recurso de apelación son únicamente los (i) participantes y (ii) postores. Al respecto, el Anexo de Definiciones del Reglamento se refiere a tales personas de la siguiente manera:

*“36. **Participante:** Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección”.*

*“38. **Postor:** La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta.”*

En consecuencia, solo puede interponer recurso de apelación aquel proveedor que haya formado parte del procedimiento de selección, ya sea en calidad de participante o de postor.

2.1.3 Ahora bien, el artículo 118 del Reglamento detalla los actos que no son materia de impugnación, siendo estos:

1. *Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones.*

2. *Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección.*
3. *Los documentos del procedimiento de selección y/o su integración.*
4. *Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes.*
5. *Las contrataciones directas.*

De otro lado, el artículo 119 del citado Reglamento regula el plazo en que puede interponerse un recurso de apelación, señalando en el numeral 119.1 lo siguiente:

“La apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella se interpone dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. En el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, la apelación se presenta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. En el caso de Subasta Inversa Electrónica, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento bueno pro, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una Licitación Pública o Concurso Público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles. En caso del procedimiento de implementación o extensión de vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, el plazo para la interposición del recurso es de ocho (8) días hábiles siguientes de publicados los resultados de la adjudicación”

Por su parte, el numeral 119.2 del referido artículo señala:

“La apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, se interpone dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. En el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles siguientes de tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. En el caso de Subasta Inversa Electrónica, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles siguientes de tomado conocimiento del acto que se desea impugnar, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una Licitación Pública o Concurso Público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.”

2.1.4 Por su parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 del Reglamento, el recurso de apelación presentado ante la Entidad o ante el Tribunal será declarado improcedente cuando:

- a) La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezca de competencia para resolverlo. No es de aplicación en estos casos lo establecido en el artículo 138 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General o disposición que la sustituya.
- b) Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.
- c) Sea interpuesto fuera del plazo.
- d) El que suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante.
- e) El impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

- f) El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.
- g) El impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.
- h) Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.
- i) No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

En virtud de lo expuesto, para que un recurso de apelación sea procedente, este debe ser interpuesto por un participante o un postor, contra aquellos actos dictados durante el desarrollo del procedimiento, sean estos con anterioridad o posterioridad al otorgamiento de la buena pro y hasta antes de celebrarse el contrato; siendo también impugnables los actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuación del procedimiento de selección, como son la nulidad o la cancelación.

Asimismo, se debe verificar que el participante o postor no se encuentre inmerso en ningún supuesto de improcedencia previsto en el artículo 123 del Reglamento, debiendo tener legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento, así como no encontrarse impedido para contratar con el Estado. Además, el recurso debe ser interpuesto dentro del plazo previsto por la normativa.

Conforme a lo anterior, puede concluirse que la normativa de contrataciones del Estado, al regular el recurso de apelación, señala que el mismo puede ser presentado solo por los participantes o postores contra algún acto emitido por el Comité de Selección o por el órgano encargado de las contrataciones, así como por el Titular de la Entidad, cuando corresponda, conforme a los plazos, requisitos y procedimientos descritos en la referida normativa.

- 2.1.5 Ahora bien, el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley señala que el Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara **nulos** los actos expedidos, cuando (i) hayan sido dictados por órgano incompetente, (ii) contravengan las normas legales, (iii) contengan un imposible jurídico o (iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable

Asimismo, el numeral siguiente faculta al Titular de la Entidad a declarar la **nulidad** de oficio de los actos expedidos en un procedimiento de selección, hasta antes de la celebración del contrato, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior. Para todos los casos, en la Resolución que se expida debe expresarse la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Por su parte, el numeral 44.6 del artículo en mención señala que: “*Cuando la nulidad sea solicitada por alguno de los participantes o postores, bajo cualquier mecanismo distinto al recurso de apelación, ésta debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Ley.*”

Respecto de este último punto, es importante traer a colación lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley, el cual ha previsto que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección **solamente** pueden dar lugar a la interposición del **recurso de apelación**.

En ese sentido, en el supuesto que un participante o proveedor advierta la existencia de inconsistencias o transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado, dentro del desarrollo del procedimiento de selección (y hasta antes del perfeccionamiento del contrato), corresponde que realice la impugnación respectiva a través del recurso de apelación.

Partiendo de esta premisa, lo dispuesto en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley regula aquellos casos en los que el participante o postor **no** ha interpuesto su impugnación a través de la vía correspondiente. Así, de presentarse solicitudes de nulidad respecto de cuestionamientos que debieron ser materia de un recurso de apelación, estas deben ser reconducidas conforme al procedimiento correspondiente, es decir, el recurso de apelación regulado en el artículo 41 de la Ley, para lo cual se deberán cumplir con las reglas aplicables a dicho procedimiento.

Finalmente, cabe precisar que independientemente como sean reconducidas y/o resueltas las solicitudes de nulidad, la Entidad conserva su facultad de declarar la **nulidad de oficio** cuando a partir de las consideraciones expuestas en dicha solicitud advierta vicios de nulidad, ello conforme al numeral 44.2 del Reglamento.

2.2 “¿LA SOLICITUD DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE UN PARTICIPANTE O POSTOR SUSPENDE EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN?” (Sic).

2.2.1 Tal como se ha indicado previamente, el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley regula aquellos casos en los que el participante o postor no ha interpuesto su impugnación a través de la vía correspondiente. Así, de presentarse solicitudes de nulidad respecto de cuestionamientos que debieron ser materia de un recurso de apelación, estas deben ser reconducidas conforme al procedimiento correspondiente, es decir, el recurso de apelación regulado en el artículo 41 de la Ley.

De esta manera, queda claro que no cabe la presentación de una solicitud de nulidad de un procedimiento de selección, pues la “solicitud de nulidad” no tiene la naturaleza un medio impugnatorio, según lo regulado en la normativa de contrataciones del Estado, en el supuesto que un participante o proveedor advierta la existencia de inconsistencias o transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado, dentro del desarrollo del procedimiento de selección (y hasta antes del perfeccionamiento del contrato), corresponde que realice la **impugnación respectiva a través del medio idóneo, el cual es el recurso de apelación**, no habiendo previsto la “solicitud de nulidad” como un medio impugnatorio como tal.

Por tal motivo, la sola presentación de una solicitud de nulidad del procedimiento de selección realizada por algún participante o postor **no** suspende el procedimiento de selección, pues dicha solicitud por sí misma no tiene la naturaleza y efectos de un medio impugnatorio regulado en la normativa de contrataciones del Estado. En ese sentido, cuando estas solicitudes contengan cuestionamientos que debieron ser materia de un recurso de apelación deberán ser reconducidas conforme al procedimiento correspondiente, esto es, el recurso de apelación regulado en el artículo 41 de la Ley, debiendo aplicarse las reglas propias de dicho procedimiento.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 De acuerdo con el numeral 41.1 del artículo 41 de la Ley, las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación.
- 3.2 Lo dispuesto en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley regula aquellos casos en los que los participantes o postores no han interpuesto su impugnación a través de la vía correspondiente. Así, de presentarse solicitudes de nulidad respecto de cuestionamientos que debieron ser materia de un recurso de apelación, estas deben ser reconducidas conforme al procedimiento correspondiente, es decir, el recurso de apelación regulado en el artículo 41 de la Ley, para lo cual se deberán aplicar las reglas correspondientes a dicho procedimiento.
- 3.3 La sola presentación de una “solicitud de nulidad” del procedimiento de selección realizada por algún participante o postor no suspende el procedimiento de selección, pues dicha solicitud por sí misma no tiene la naturaleza y efectos de un medio impugnatorio regulado en la normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 15 de marzo de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnica Normativa

RMPP/PMR