

OPINIÓN N° 104-2023/DTN

Solicitante: Seguro Social de Salud - EsSALUD

Asunto: Nulidad del procedimiento de selección solicitada por alguno de los participantes o postores conforme al artículo 41 de la Ley.

Referencia: Formato S/N de fecha 07.SEP.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Alejandro Trejo Maguiña, Gerente Central de Asesoría Jurídica del Seguro Social de Salud - ESSALUD, formula varias consultas referidas a la solicitud de nulidad iniciada por alguno de los participantes o postores del procedimiento de selección, conforme a lo establecido al artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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 sus modificatorias (en adelante, la

¹ En atención a la competencia conferida a esta Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°3 del TUPA del OSCE “*Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado*”, advirtiéndose que de las cinco (5) consultas planteadas, dos de ellas (la cuarta y quinta) no cumplieron con dichos requisitos, al no haber sido planteadas en términos genéricos sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que -en vías de Opinión- buscan que este despacho determine la calificación y/o resolución de casos concretos relacionados con la presentación de garantías que acompañan las solicitudes de nulidad previstas en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley; actos que corresponden ser efectuados por la Entidad u órgano competente para conocer dichos casos. Por tal motivo, ambas consultas no serán absueltas en el marco de la presente opinión, pues exceden las facultades conferidas a esta Dirección, a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

“Ley”).

- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus posteriores modificatorias² (en adelante, el “Reglamento”).

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Todos los escritos presentados con la finalidad de solicitar la nulidad de los actos del procedimiento de selección, deben estar acompañados de una garantía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley?”.

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que conforme a lo establecido en el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, la declaratoria de nulidad puede ser determinada por el Tribunal de Contrataciones del Estado en los casos que conozca, declarando nulos los actos expedidos durante el procedimiento de selección, cuando se contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable.

En relación con lo anterior, dicho Tribunal debe precisar en la resolución que expida para tal efecto, cuál es la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

2.1.2. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 44.2 del artículo en mención, el Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección ante las mismas causales previstas en el numeral 44.1, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, **sin perjuicio de que dicha nulidad pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.**

En ese contexto, es importante anotar que según lo previsto en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley, **cuando la nulidad es solicitada por alguno de los participantes o postores del procedimiento de selección, bajo cualquier mecanismo distinto al recurso de apelación, ésta debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Ley (dispositivo que regula, principalmente, lo relativo al recurso de apelación).**

Al respecto, se aprecia que las solicitudes que presenten los participantes o postores, con la finalidad de solicitar la nulidad del procedimiento de selección, se tramitan de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan el recurso de apelación, previstas en el artículo 41 de la Ley.

2.1.3. Precisado lo anterior, cabe anotar que el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley prevé la presentación de una garantía por la interposición del recurso de apelación, la cual debe otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de resolver dicho recurso, según corresponda.

En ese sentido, considerando lo establecido en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley, que dispone la aplicación del artículo 41 de la Ley cuando la nulidad del

² Realizadas mediante Decreto Supremo N°377-209-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019; Decreto Supremo N°168-2020-EF, vigente desde el 01 de julio de 2020; Decreto Supremo N°250-2020-EF, vigente desde el 05 de setiembre de 2020; Decreto Supremo N°162-2021-EF, vigente a partir del 12 de julio de 2021, y Decreto Supremo N°234-2022-EF, vigente desde el 28 de octubre de 2022.

procedimiento de selección es solicitada por alguno de los participantes o postores, se advierte que esta solicitud se tramitará como una apelación por lo que debe ser acompañada por la garantía correspondiente, bajo los términos previstos en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley.

2.2. *“En el caso que un escrito que solicita la nulidad de los actos del procedimiento de selección se presente fuera del plazo previsto para la interposición de un recurso de apelación, ¿este debe tramitarse también de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley? Es decir, ¿debe tramitarse dentro del mismo plazo establecido para la atención de los recursos de apelación?, ¿qué sucede en los casos en los que el solicitante no sea participante o postor?”.*

2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, las solicitudes que presenten los participantes o postores, con la finalidad de solicitar la nulidad del procedimiento de selección, se tramitan de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan el recurso de apelación, previstas en el artículo 41 de la Ley.

En ese contexto, cabe anotar que según lo previsto en el numeral 41.2 del artículo 41 de la Ley, el Reglamento establece el procedimiento, requisitos y **plazo para la presentación del recurso de apelación** y para su resolución.

Por lo tanto, en concordancia con lo establecido en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley, se advierte que las solicitudes de nulidad del procedimiento de selección, impulsadas por los participantes o postores, deben presentarse dentro del plazo reglamentario aplicable a los recursos de apelación, para lo cual debe observarse lo dispuesto en el artículo 119 del Reglamento³.

2.2.2. En ese sentido, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido que las solicitudes de nulidad se tramiten como una apelación por lo que deberán cumplir el procedimiento, requisitos y **plazo para la presentación de dicho recurso** y para su resolución no pudiendo ser presentadas por personas distintas a los participantes o postores del procedimiento de selección.

2.3. *“En el caso que un escrito que solicita la nulidad de los actos del procedimiento de selección se presente fuera del plazo previsto para la interposición de un recurso de apelación, ¿este debe estar acompañado de una garantía? En caso sea afirmativa la respuesta, ¿la garantía debe respaldar el recurso de apelación o la solicitud de nulidad?”.*

Conforme a lo indicado al absolver la primera consulta, considerando lo establecido en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley, que dispone la aplicación del artículo 41 de la Ley cuando la nulidad del procedimiento de selección es solicitada por alguno de los participantes o postores, se advierte que **esta solicitud debe ser tramitada como una apelación por lo que debe ser acompañada por la garantía correspondiente, bajo los términos previstos en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley**. En ese contexto, cabe anotar que las solicitudes de nulidad presentadas por alguno de los participantes o postores del procedimiento de selección se reconducen como una apelación, por lo que para su trámite debe estar acompañada por la garantía correspondiente.

³ Al respecto, cabe precisar que según el numeral 119.4 del mencionado artículo, “Los plazos indicados resultan aplicables a todo recurso de apelación, sea que se interponga ante la Entidad o ante el Tribunal, según corresponda”.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Considerando lo establecido en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley, que dispone la aplicación del artículo 41 de la Ley cuando la nulidad del procedimiento de selección es solicitada por alguno de los participantes o postores, se advierte que esta solicitud debe ser acompañada por la garantía correspondiente, bajo los términos previstos en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley.
- 3.2. En concordancia con lo establecido en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley, se advierte que las solicitudes de nulidad del procedimiento de selección, impulsadas por los participantes o postores, deben presentarse dentro del plazo reglamentario aplicable a los recursos de apelación, para lo cual debe observarse lo dispuesto en el artículo 119 del Reglamento.
- 3.3. La normativa de contrataciones del Estado ha establecido que las solicitudes de nulidad se tramiten como una apelación por lo que deberán cumplir el procedimiento, requisitos y plazo para la presentación de dicho recurso y para su resolución, no pudiendo ser presentadas por personas distintas a los participantes o postores del procedimiento de selección.

Jesús María, 4 de octubre de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA.