



**UNAP**



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS

**EXAMEN DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**

EXPEDIENTE CONSTITUCIONAL N° 00166-2012-0-1903-JR-CI-01. MATERIA:  
ACCIÓN DE AMPARO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE

ABOGADA

PRESENTADO POR:

PETTY REGINA RUIZ TENAZOA

IQUITOS, PERÚ

2019



**ACTA DE EXAMEN DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**

En la ciudad de Iquitos, a los nueve (09) días del mes de julio del 2019, a las 7:30 pm, en el Taller de Oratoria de la FADCIP, sito en la calle Sargento Lores N° 446, segundo piso, se reunieron los miembros del Jurado Calificador designado mediante Resolución Decanal N°171-2019-FADCIP-UNAP, integrado por los Señores Miembros que a continuación se indica:

- Abog. RAUL QUEVEDO GUEVARA Mgr Presidente
- Abog. MARTIN TAFUR BOULLOSA Mgr Miembro
- Abog. NORBERTO ALONSO FLORES ROJAS Mgr Miembro

Quiénes, constituidos en el Auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, escucharon y evaluaron la sustentación oral de dos Expedientes Judiciales:

1.- **MATERIA CONSTITUCIONAL** N° 00166-2012-0-1903-JR-CI-01 **Materia:** Acción de Amparo. **Demandante:** Consorcio Requena. **Demandado:** Procurador Publico a Cargo de los Asuntos Judiciales del OSCE y Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado OSCE. **Órgano Jurisdiccional:** Primer Juzgado Civil de Maynas.

2.- **MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA** N° 00702-2007-0-1903-JR-CI-01. **Materia:** Demanda de Nulidad de Resolución o Acto Administrativo. **Demandante:** Napiama Reátegui Jorge. **Demandado:** Instituto Peruano del Deporte de Loreto – Procuraduría de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Educación. **Órgano Jurisdiccional:** Juzgado Contencioso Administrativo de Maynas.

Presentado por la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **PETTY REGINA RUIZ TENAZOA**, para obtener el Título Profesional de **ABOGADO** que otorga la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, de acuerdo a la ley N° 30220 y al Estatuto vigente.

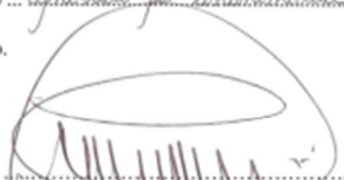
Después de haber escuchado con mucha atención y formuladas las preguntas necesarias las cuales fueron respondidas en forma *...satisfactoria...*

El Jurado Calificador luego de las deliberaciones correspondientes, en privado, llegó a la conclusión siguiente:

La Sustentación Oral de dos Expedientes Judiciales ha sido *...aprobado por unanimidad...*

Siendo las *21:40* se dio por terminado el acto.

  
 Abog. RAUL QUEVEDO GUEVARA Mgr  
 Presidente

  
 Abog. MARTIN TAFUR BOULLOSA Mgr.  
 Miembro

  
 Abog. NORBERTO ALONSO FLORES ROJAS Mgr.  
 Miembro

## **DEDICATORIA**

† *A Dios, por la vida, por iluminar mi mente y fortalecer mi corazón en este camino.*

† *A mis padres y maestros de vida, Hilda y Miguel, por ser mis ejemplos de fortaleza, superación, sacrificio, humildad y amor, por enseñarme a luchar por mis sueños y por su apoyo moral y económico en todo lo que hago.*

† *A mi hermana María por su amor y apoyo, a mis sobrinas Vallery y Aphril, por ser mis motivos para superarme y ser una mejor persona para ellas y a mi tía Lucinda y familia, por su apoyo constante.*

† *A mi Maestro Carlos Del Piélago, por haber creído en mi capacidad intelectual y personal, por sus enseñanzas y consejos de vida.*

† *A mis mejores amigos, familiares y a todos aquellos que a pesar de todo creen en la justicia.*

## INDICE

	Página
❖ Portada .....	1
❖ Acta de Examen de Suficiencia Profesional .....	2
❖ Dedicatoria .....	3
❖ Índice .....	4
❖ Resumen .....	8
❖ Introducción .....	9
❖ Capítulo I: Hechos de Fondo y Hechos Procesales .....	10
1.1. Exposición de los Hechos de Fondo .....	10
1.2. Exposición de los Hechos Procesales .....	14
1.2.1. Sobre la Demanda .....	14
1.2.1.1. Fecha de interposición .....	14
1.2.1.2. Demandante .....	14
1.2.1.3. Juzgado .....	14
1.2.1.4. Demandados .....	14
1.2.1.5. Petitorio de la demanda .....	14
a) Pretensión Principal .....	14
b) Pretensión accesoria .....	14
1.2.1.6. Fundamentos Fácticos de la demanda .....	15
1.2.1.7. Fundamentación Jurídica .....	15
a) Con respecto a la vulneración del Derecho a la Debida Motivación, violación al Principio de Congruencia Procesal .....	15
b) Con respecto a la vulneración del Derecho a la Legítima Defensa .....	18
c) Con respecto a la vulneración del Art. 02 inc. 2) de la Constitución Política que consagra el Principio – Derecho fundamental a la igualdad .....	19
d) Con respecto a la violación al Debido Proceso .....	22
e) De la vulneración al Principio Constitucional de Razonabilidad y Proporcionalidad .....	23
f) De la vulneración al Derecho a la libertad de contratación y libertad de empresa .....	23

<b>1.2.1.8.</b> Medios Probatorios .....	24
<b>1.2.2.</b> Sobre la Contestación de la Demanda .....	24
<b>1.2.2.1.</b> Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE .....	24
<b>a)</b> Respecto a que no existe otra vía idónea igualmente satisfactoria..	24
<b>b)</b> Respecto a la vulneración del Derecho a la Debida Motivación	
– Principio de Congruencia Procesal, exigida por el principio	
Tantum Apellatum Quantum Devolutum .....	25
<b>c)</b> Respecto a la vulneración del Art. 2º inciso 2) de la	
Constitución, principio del derecho a la igualdad .....	27
<b>d)</b> Respecto a la vulneración del derecho al debido proceso, relativo	
a la Debida Motivación y la vulneración al Principio de	
Razonabilidad y Proporcionalidad .....	27
<b>e)</b> Respecto a la vulneración del Derecho a la Legítima Defensa ....	29
<b>1.2.2.2.</b> La Municipalidad Provincial de Requena .....	29
<b>1.2.3.</b> Sobre las Excepciones Planteadas en la Demanda .....	30
<b>1.2.3.1.</b> La Municipalidad de Requena deduce Excepción de Falta de	
Agotamiento de Vía Administrativa contra Consorcio Requena .....	30
<b>1.2.4.</b> Desarrollo Del Proceso .....	32
<b>1.2.4.1.</b> Resolución N° 04 .....	32
<b>1.2.4.2.</b> Resolución N° 05 .....	32
<b>1.2.4.3.</b> Resolución N° 06 .....	32
<b>1.2.4.4.</b> Resolución N° 10 .....	32
<b>1.2.4.5.</b> Escrito del Consorcio Requena que absuelve la Excepción de la	
Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa .....	32
<b>1.2.4.6.</b> Escrito del Consorcio Requena .....	33
<b>1.2.4.7.</b> Auto de Saneamiento Procesal – Resolución N° 12 .....	33
<b>1.2.5.</b> Sentencias Emitidas .....	34
<b>1.2.5.1.</b> Primera Instancia: Primer Juzgado Civil de Maynas .....	34
<b>1.2.5.2.</b> Recursos de Apelación .....	37
<b>a)</b> Recurso formulado por el Procurador de la Municipalidad	
Provincial de Requena contra la Resolución N° 12 .....	37
<b>b)</b> Recurso Formulado por el Procurador del OSCE, contra la	
Sentencia – Resolución N° 13 .....	38
<b>c)</b> Recurso Formulado por el Procurador de la Municipalidad	

Provincial de Requena contra la Sentencia – Resolución N° 13 ...	39
<b>1.2.5.3.</b> Segunda Instancia: Sala Civil Mixta de la Corte de Loreto .....	39
<b>a)</b> Con relación a la apelación de la Resolución N° 12 .....	39
<b>b)</b> Con relación al fondo de la controversia .....	40
<b>1.2.5.4.</b> Recurso de Agravio Constitucional .....	42
<b>a)</b> Recurso formulado por el Consorcio Requena contra la Sentencia de Vista - Resolución N° 19 .....	42
<b>b)</b> Escrito presentado por el Procurador Público OSCE .....	43
<b>1.2.5.5.</b> Tercera Instancia: Tribunal Constitucional .....	44
<b>a)</b> Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda .....	44
<b>b)</b> Sobre la afectación del derecho de defensa (Art. 139°, inciso 14) de la Constitución) .....	45
<b>c)</b> Sobre la afectación del derecho a la igualdad en aplicación de la ley (Art. 2°, inciso 2) de la Constitución) .....	46
<b>d)</b> Efectos de la Sentencia .....	48
<b>e)</b> Fundamentos de voto del Magistrado Vergara Gotelli .....	52
<b>f)</b> Fundamentos de voto del Magistrado Álvarez Miranda .....	52
<b>g)</b> Voto Singular del Magistrado Urviola Hani .....	53
❖ Capítulo II: Problemas de Fondo y Problemas Procesales .....	55
<b>2.1.</b> Problemas de Fondo .....	55
<b>2.1.1.</b> Problemas Centrales .....	55
<b>2.1.2.</b> Problemas Colaterales .....	56
<b>2.2.</b> Problemas Procesales .....	56
<b>2.2.1.</b> Problemas Centrales .....	56
<b>2.2.2.</b> Problemas Colaterales .....	56
❖ Capítulo III: Apreciación del Proceso .....	57
<b>3.1.</b> Análisis de los Problemas de Fondo surgidos durante el proceso .....	57
<b>3.1.1.</b> Con relación a los Problemas Centrales .....	57
<b>3.1.1.1.</b> Respecto a la vulneración del Derecho al Debido Proceso, por la violación del Derecho a la Debida Motivación – Principio de Congruencia Procesal, de Razonabilidad y de Proporcionalidad ...	57
<b>a)</b> Derecho a la Debida Motivación - Principio de Congruencia Procesal (vinculación exigida para el Principio Tantum Apellatum Quantum Devolutum) .....	59

b) Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad .....	62
3.1.1.2. Respecto a la vulneración del Derecho a la Legítima Defensa .....	62
3.1.1.3. Respecto a la vulneración del Derecho de Igualdad ante la Ley .....	64
3.1.1.4. Respecto a la vulneración del Derecho a la Libertad de Contratación y Libertad de Empresa .....	68
3.1.2. Problemas Colaterales .....	69
3.1.2.1. Respecto al hecho de dejar sin efecto la ejecución de la Carta Fianza	69
3.1.2.2. Respecto al precedente vinculante que impide que los Tribunales Administrativos u Órganos Colegiados realicen control difuso .....	70
a) La figura del Control Difuso .....	70
b) El Over Ruling del Precedente Salazar Yarlenque .....	71
c) Posiciones en contra .....	73
d) Criterio personal respecto del Precedente Vinculante que deja sin efecto la potestad de control difuso administrativo .....	75
3.2. Análisis de los Problemas Procesales surgidos durante el proceso .....	77
3.2.1. Con relación a los Problemas Centrales .....	77
3.2.1.1. Respecto del hecho de acudir a la Vía del Proceso de Amparo y no a la Vía del Proceso Contencioso Administrativo .....	77
3.2.1.2. Respecto a la Excepción de Falta de Agotamiento de Vía Administrativa .....	80
3.2.2. Con relación a los Problemas Colaterales .....	81
3.2.2.1. Respecto a las etapas y los plazos de la Vía del Proceso de Amparo ..	81
a) 1° Instancia – Primer Juzgado Civil de Maynas .....	81
b) 2° Instancia - Sala Civil de Loreto .....	81
c) 3° Instancia –Tribunal Constitucional .....	81
❖ Conclusiones.....	82
❖ Bibliografía.....	84

## RESUMEN

El presente Informe desarrolla un análisis de la demanda constitucional de amparo, interpuesto por Consorcio Requena en contra de la Primera Sala del Tribunal del OSCE y la Municipalidad Provincial de Requena (Litisconsorte Necesario), por haberse vulnerado los derechos al debido proceso, la debida motivación, la congruencia procesal, el principio de razonabilidad y proporcionalidad, la igualdad ante la ley, la legítima defensa y la libertad de empresa, durante el recurso de apelación administrativo interpuesto por la descalificación de la propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MPR.

En ese sentido, el Primer Juzgado Civil resuelve declarar **FUNDADA** la demanda de amparo y ordena que se deje sin efecto la resolución expedida por la Primera Sala del Tribunal del OSCE y que se remita el recurso de apelación administrativo a otra Sala del OSCE; por lo que la Municipalidad Provincial de Requena y el OSCE interponen recurso de apelación. Posteriormente, la Sala Civil Mixta resuelve revocar la Sentencia – Resolución N° 13, que declaró fundada la demanda; y reformándola la declaran improcedente, por lo que Consorcio Requena interpone Recurso de Agravio Constitucional.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resuelve declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho de defensa, **FUNDADA** en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, y deja sin efecto el precedente vinculante, que autorizaba a todo Tribunal u Órgano Colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional (control difuso).



## **INTRODUCCIÓN**

Hoy en día la figura del proceso constitucional de amparo se ha convertido en uno de los recursos de garantía constitucional más importantes en nuestro Ordenamiento Jurídico, toda vez que el amparo es un proceso autónomo de tutela de urgencia de derechos fundamentales, distintos a la libertad individual, y cuyo fin es reponer a la persona en el ejercicio del derecho ius-fundamental amenazado o vulnerado por alguna autoridad, funcionario o persona, siempre y cuando el justiciable haya estado, previamente, gozando y ejerciendo en forma efectiva de dichos derechos, o hayan estado en la actitud de hacerlo con dicho carácter.

En el presente Informe, la graduando va a efectuar un análisis del proceso de amparo interpuesto por el Consorcio Requena en contra del Tribunal del OSCE, por haberse vulnerado sus derechos al debido proceso, la debida motivación, la congruencia procesal, el principio de razonabilidad y proporcionalidad, a la igualdad ante la ley, la legítima defensa y a la libertad de empresa, durante el proceso administrativo del recurso de apelación interpuesto por la descalificación de la propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MPR (I Convocatoria) para la Ejecución de la Obra: “Rehabilitación y ampliación del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado en la Localidad de Requena” – Loreto.

Asimismo, se va a efectuar un análisis respecto al Precedente Vinculante emitido por el Tribunal Constitucional, quien dispuso que se deje sin efecto un anterior precedente vinculante que otorgaba la potestad a los tribunales y órganos administrativos de hacer control difuso, siendo que el objetivo principal será desarrollar los diversos criterios que se hayan producido al respecto, por lo que he visto conveniente abordar el tema desde una aproximación contextual de lo que el Tribunal Constitucional ha resuelto, con la finalidad de esclarecer y dar respuesta a las controversias planteadas conforme al ejercicio de control difuso por autoridades administrativas, y permitir una mejor comprensión de su importancia.

## CAPITULO I

### HECHOS DE FONDO Y HECHOS PROCESALES

#### 1.1. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS DE FONDO.

- **El 31 de Agosto de 2011**, la Municipalidad Provincial de Requena, en adelante la **Entidad**, convoca la Licitación Pública N° 001-2011-MDR (I Convocatoria), para la obra “Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la Localidad de Requena – Loreto”, por un valor referencial de S/. 25’504,495.22.
- **El 12 de diciembre de 2011**, se presentan como postores al acto de propuestas, las empresas **Consortio Nor Amazónico**, integrado por A&J Inversiones S.A.C., STI Contratistas Generales S.R.L. y H&M Ingenieros Consultores S.A.C.; y **Consortio Requena**, integrado por Superconcreto del Perú S.A. y Construkselva S.R.L.
- **El 14 de diciembre de 2011**, se publica en la página web del SEACE el cuadro Comparativo de Evaluación de Propuestas, descalificando la propuesta técnica del Consortio Requena, en adelante el **Impugnante**; y el Acta de Otorgamiento de la Buena Pro, otorgada al Consortio Nor Amazónico, en adelante el **Adjudicatario**.
- **El 26 y 27 de diciembre de 2011**, el Impugnante presenta recurso de apelación contra la descalificación de su propuesta técnica, a la Oficina Desconcentrada del OSCE; y solicita se revoque el Acta de la Buena Pro, pues las razones del Comité Especial para descalificarlo, que eran “no haber presentado el Formato de promesa de consorcio” y que en el “Formato N° 03 no se especificó la antigüedad del equipo propuesto”, no se ajustaba al principio de imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario, ya que:
  - Le era inexigible presentar el formato de promesa de consorcio, pues ellos ya habían constituido el Consortio Requena el 02 de diciembre de 2011, para poder presentar una propuesta técnica sin IGV; por lo que presentar dicho formato sería prometer la futura realización de un acto jurídico que ya se había perfeccionado.

- En el Formato N° 03 de las Bases de la Licitación Pública, no se encontraba la especificación de la antigüedad de los equipos propuestos, pero si se señalaba que la información del postor debía estar acorde con el Capítulo III de las Bases (Requerimientos Técnicos Mínimos) y que la Entidad podría verificar la antigüedad y disponibilidad del equipo previo a la firma del contrato. Es por ello, que en la propuesta técnica del Impugnante estaba la declaración jurada del representante legal, en el que se menciona que los equipos consignados en el Formato N° 03 cumplían con el Capítulo III de las Bases, y estarían disponibles antes del contrato.
- El Adjudicatario habría presentado documentación falsa e inexacta en su propuesta técnica, tal como lo indica la pericia grafotécnica de parte, realizada por el perito Rafael Roldán Ríos Ramírez y presentada por el Impugnante.
- **El 02 de enero de 2012**, se concede al Impugnante plazo para subsanar la observación de la Carta Fianza que respalda su recurso de apelación, **el 04 de enero de 2012** se subsanan las observaciones y **el 06 de enero de 2012** se admite a trámite la apelación, corriéndose traslado a la Entidad para que remita los antecedentes administrativos.
- **El 23 de enero de 2012**, la Entidad remite al Tribunal del OSCE los antecedentes administrativos y el Informe Técnico Legal N° 001-2012-A-MPR, el cual señala que:
  - El Impugnante fue descalificado por no acreditar la antigüedad de los equipos, pues si bien no se indicaba en el Formato N° 03 de las Bases, ello no debió omitirse.
  - No se presentó la Declaración Jurada de Promesa de Consorcio, pues si bien el impugnante ya se había constituido en Consorcio, el Comité Especial no tiene facultades para homologar una documentación que cumple una función en la fase de selección con otra que cumple una función en la fase de ejecución contractual.
  - El Art. 9° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que el participante, postor o contratista debe estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores y no

estar impedido, sancionado, ni inhabilitado para contratar con el Estado, hecho que no ha acreditado el Impugnante.

- **El 01 y 02 de febrero del 2012**, el Adjudicatario se apersona al proceso y señala que:
  - No se acreditó la antigüedad de los equipos ofertados, y que si bien no existía una columna en el Formato N° 3 de las Bases, no se debió omitir porque era obligatoria.
  - El Impugnante reconoce que no presentó la promesa de consorcio por constituirse el Consorcio Requena, a pesar de que las bases lo exigía como obligatorio.
  - El Impugnante incumplió con la acreditación de su representante en su propuesta.
- **El 01 de febrero de 2012**, se convoca a Audiencia Pública para **el 09 de febrero de 2012**, y **el 08 de febrero de 2012**, el Impugnante informa al Tribunal del OSCE la denuncia penal presentada ante la 3° Fiscalía Provincial Mixta de Maynas contra las empresas STI Contratistas Generales S.R.L. y H&M Ingenieros Consultores y Constructores S.A.C.. Asimismo, el Adjudicatario presenta su descargo respecto de la documentación falsa y señala que el Impugnante en su propuesta técnica, sólo adjuntó el diploma de bachiller en Ingeniería Civil de su Gerente de Obra Alfonso Quispe Salazar y no la de su título profesional, a pesar de que en el Capítulo III de las Bases, se estableció que el Ingeniero Civil debía acreditar que esté colegiado y habilitado, con la copia simple del título profesional, diploma de colegiado y certificado de habilidad o una declaración jurada para este último, por lo que debe ser descalificado.
- **El 09 de febrero de 2012**, se realizó la Audiencia Pública con la participación del Impugnante, el Adjudicatario y la Entidad. Asimismo, el Impugnante presenta escrito señalando que las bases disponían que el Ingeniero Civil debía estar colegiado y habilitado, por lo que adjuntó el certificado de colegiatura y de habilidad; y que para sustentar lo exigido en las Bases, el Sr. Alfonso Quispe presentó en su propuesta, una declaración jurada donde declara ser Ingeniero Civil Titulado, Colegiado y Habilitado.

➤ El 15 de febrero de 2012, mediante **Resolución N° 170-2012-TC-S1**, derivado del **Exp. N° 1819.2011.TC**, la 1° Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, con la votación mayoritaria de los vocales **Basulto Liewald e Isasi Berrospi** se resuelve:

- Declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Requena respecto a la descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MDR, para la ejecución de la obra “Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la Localidad de Requena – Loreto”.
- Confirmar el otorgamiento de la Buena Pro a favor del Consorcio Nor Amazónico.
- Ejecutar la garantía presentada por el Consorcio Requena.
- Disponer que la Entidad efectúe la fiscalización posterior de la documentación presentada por el Consorcio Nor Amazónico.
- Disponer la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad.
- Dar por agotada la vía administrativa.

Sin embargo; la vocal **Seminario Zavala** emite voto en discordia y opina se resuelva:

- Declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Requena contra la descalificación de su propuesta técnica.
- Retrotraer la Licitación Pública N° 001-2011-MDR hasta la etapa de evaluación y calificación de propuestas, a efectos de que la Entidad reincorpore y prosiga con la evaluación correspondiente de la propuesta presentada por el Consorcio Requena.
- Revocar el otorgamiento de la buena pro a favor de Consorcio Nor Amazónico a fin de calificar y evaluar la propuesta del impugnante.
- Devolver la garantía presentada por el Consorcio Requena.
- Disponer que la Entidad realice la verificación posterior de la documentación.
- Disponer la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad.
- Dar por agotada la vía administrativa, salvo mejor parecer.

## **1.2. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS PROCESALES.**

### **1.2.1. SOBRE LA DEMANDA:**

**1.2.1.1. Fecha de interposición:** 22 de febrero del 2012 (Expediente N° 00166-2012-0-1903-JR-CI-01).

**1.2.1.2. Demandante:** Consorcio Requena.

**1.2.1.3. Juzgado:** Primer Juzgado Civil de Maynas.

**a) Juez Especializado:** Alexander Rioja Bermúdez.

**b) Secretario:** Fernando Riveros Da Silva.

**1.2.1.4. Demandados:**

**a)** Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, integrado por la Presidenta Ada Basulto Liewald y la Vocal Wina Isasi Berrospi.

**b)** El Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del OSCE.

**1.2.1.5. Petitorio de la demanda:** contiene las siguientes pretensiones.

**a) Pretensión Principal:** Se declare sin efecto legal y nula la Resolución N° 170-2012-TC-S1, del 15 de febrero de 2012, emitida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado – OSCE, por adolecer de una flagrante violación a la debida motivación – incongruencia procesal –, a la legítima defensa, y al principio – derecho fundamental a la igualdad, violándose su derecho constitucional a un debido proceso.

**b) Pretensión accesoria:** Se remita el recurso de apelación administrativo por la descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MPR, para la Ejecución de la Obra: “Rehabilitación y Ampliación del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado en la Localidad de Requena – Loreto”, a otra Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE, a efectos que resuelva acorde a derecho.

**1.2.1.6. Fundamentos Fácticos de la demanda:** Los mismos hechos de fondo.

**1.2.1.7. Fundamentación Jurídica:**

**a) Con respecto a la vulneración del Derecho a la Debida Motivación, violación al Principio de Congruencia Procesal (vinculación exigida por el “Principio Tantum Apellatum Quantum Devolutum”):**

Señala que el Tribunal Constitucional en la STC 4166-2009 AA/TC determinó que “los recursos impugnatorios no son ajenos a la vinculación exigida por el principio tantum appellatum quantum devolutum, el cual implica que al resolverse la impugnación ésta sólo debe pronunciarse sobre pretensiones o agravios invocados por el impugnante”. Expone los siguientes fundamentos:

- Que, en su recurso de apelación respecto de la descalificación de su propuesta técnica y el otorgamiento de la Buena Pro de la Licitación Pública N° 001-2011-MPR, por “no haber presentado el Formato de Promesa de Consorcio” y “no haber especificado en el Formato N° 03, la antigüedad del equipo propuesto”; se solicitó al OSCE que califique si sólo esos dos supuestos eran o no acordes a derecho.
- Que, la Primera Sala del Tribunal del OSCE al resolver su apelación y emitir la Resolución N° 170-2012-TC-S1, determina tres cosas:
  - No concuerda con la Entidad y el Adjudicatario, respecto a que “para acreditar que los equipos ofertados no tengan una antigüedad mayor a 10 años, ello debía consignarse en el Formato N° 03”; ya que las bases integradas no indicaban que esa era la manera, pues el adjudicatario de la Buena Pro podía hacerlo al suscribir el contrato.

- No concuerda con la Entidad y el Adjudicatario, respecto a que “no se presentó la promesa formal de consorcio”, pues si bien el impugnante no adjuntó dicho documento, si presentó un Contrato de Consorcio con los datos de una promesa formal de consorcio y con mayores formalidades, acorde con las bases y la normativa.
  - Descalifica al impugnante por no presentar la documentación obligatoria requerida en las bases integradas, pues el Gerente de Obras propuesto, no presentó su Título de Ingeniero Civil.
- Que, la Primera Sala del Tribunal del OSCE, emitió un pronunciamiento extra petita, pues agregó un nuevo ítem de controversia que fue expuesto en el Informe Oral ad portas de su pronunciamiento final, que el demandante tomó conocimiento sólo de manera oralizada y resumida, lo que impidió que hiciera una defensa legal completa, y aunque fueron expuestos luego por escrito, nunca fueron materia de impugnación.
- Que, estos hechos vulneran el Art. 03° de la Ley 27444, el Art. 139° inc. 2) y 5) de la Constitución Política referida a la debida motivación de la resolución y el principio de congruencia procesal; pues sólo debió referirse a si los supuestos de descalificación de la propuesta técnica se ajustaban o no a derecho y no a otro hecho.
- Que, el inc. 3) del Art. 139° de la Constitución Política, consagra al debido proceso como una garantía constitucional de rango supralegal, que debe obedecer todo órgano o autoridad pública; por lo que, en sede administrativa, el debido proceso<sup>1</sup> otorga a los

---

<sup>1</sup>) Numeral 1.2 del Art. IV de la Ley N° 27444.



administrados el derecho a exponer sus argumentos, ofrecer pruebas y obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Es por ello que el Art. 10° de la Ley N° 27444, dispone la nulidad del acto administrativo cuando exista defecto u omisión de algún requisito de validez, como el procedimiento regular.

➤ Que, el Tribunal Constitucional<sup>2</sup> ha establecido los tipos de inmotivaciones que pueden devenir de una resolución judicial, como:

- **La inexistencia de motivación o motivación aparente**, en la que no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, o no responde a las alegaciones de las partes del proceso.
- **La falta de motivación interna del razonamiento**, cuando existe invalidez de una inferencia en las premisas que establece el Juez en su decisión; y cuando existe incoherencia narrativa.
- **Las deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas**, en el que el control de la motivación autoriza la actuación del juez constitucional, cuando sus premisas no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.
- **La motivación insuficiente**, se refiere al mínimo de motivación exigible a las razones de hecho o de derecho.
- **La motivación sustancialmente incongruente**, en el que las resoluciones dejan incontestadas las pretensiones o desvía la decisión del marco del debate judicial, generando indefensión.

---

<sup>2</sup>Jurisprudencia N° 00728-2008-PHC (Motivación de las Resoluciones Judiciales), Publicado 22/10/2008, (Fj. 7).

- **Las motivaciones calificadas**, en el que resulta indispensable una especial justificación para las decisiones que rechazan la demanda, o cuando se afectan derechos fundamentales como la libertad.

**b) Con respecto a la vulneración del Derecho a la Legítima Defensa**, se señala los siguientes argumentos:

- El Tribunal Constitucional establece que: “las garantías constitucionales consagradas en el Art. 139° de la Constitución y en el Art. 4° del Código Procesal Constitucional, se aplican si resultan compatibles con los procedimientos administrativos sancionadores”.
- Que, la falta de oportunidad para contradecir el hecho de “no haber acreditado el Gerente de Obra”, evidencia una indefensión, ya que no se ejerció el derecho de defensa de acuerdo a la normativa, no se respetó el procedimiento regular y no se pudo presentar las pruebas<sup>3</sup>.
- Que, la potestad administrativa de la Primera Sala del Tribunal del OSCE, debió ejercerse dentro de los parámetros de coherencia, logicidad y razonabilidad, para no imponer una actuación arbitraria.
- Que, el Art. 187.2 de la Ley N° 27444, señala que: “en los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones que formule, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de que la administración inicie de oficio un nuevo procedimiento”. Es por eso, que la decisión debió comprender las pretensiones propuestas por los interesados y no añadir un punto controvertido que no fuera materia

---

<sup>3)</sup> Artículo IV Principios del debido procedimiento administrativo, artículo 1°, inciso 1.2).

de apelación, ni de cuestionamiento por el recurrente o la autoridad administrativa.

**c) Con respecto a la vulneración del Art. 02 inc. 2) de la Constitución Política que consagra el Principio - Derecho fundamental a la igualdad, se señalan los siguientes argumentos:**

- Que, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley es una posición iusfundamental derivada del derecho de igualdad jurídica y dirigida a garantizar que en casos análogos, los recurrentes no reciban pronunciamientos diferenciados o que carezcan de base objetiva y razonable, lo que no quiere decir que se produce afectación cada vez que una ley o norma sea interpretada en forma diferente, pues su finalidad no es que sea objeto de una misma interpretación por todos los tribunales de justicia, sino, que nadie reciba del mismo tribunal un fallo diferente del que se acuerda para otros que están en una situación análoga o semejante.
- Que, en el presente caso, la Primera Sala del Tribunal del OSCE, aplicó consecuencias jurídicas distintas frente a hechos análogos cuando emitió la Resolución N° 170-2012-TC-S1 (resolución materia de apelación) y la Resolución N° 97-2012-TC-S1, pues en ambos casos se apeló la descalificación de su propuesta por no haber acreditado el Gerente de Obras con la presentación de la copia simple del título profesional de ingeniero; sin embargo, se resolvieron con diferente criterio. Al respecto el Tribunal Constitucional en su STC N° 01211-2006-AA/TC (fundamento 24),

ha establecido los presupuestos básicos para determinar cuándo se da un tratamiento diferenciado, lo cuales son:

- **Identidad del órgano judicial que resolvió el caso.** La Primera Sala del OSCE fue el Órgano Administrativo que resolvió las **Resoluciones N° 170-2012-TC-S1 y N° 97-2012-TC-S1.**
- **Que el órgano judicial tenga una composición semejante.** La Primera Sala del Tribunal del OSCE cuando emitió las resoluciones antes descritas, mantuvo una composición igual conformada por las vocales, Ada Basulto Liewald, Seminario Zavala e Isasi Berrospi.
- **Los supuestos de hecho sean sustancialmente iguales.** Al respecto, en la **Resolución N° 170-2012-TC-S1**, se cuestionó que: “en la propuesta del impugnante respecto al Gerente de Obra, sólo adjuntó su diploma de bachiller en Ingeniería Civil, pese a que en el Capítulo III – Requerimientos Técnicos Mínimos, se había establecido que el Ingeniero Civil debía acreditar estar colegiado y habilitado, a través de la copia simple del título profesional, del diploma del colegiado y del certificado de habilidad o una declaración jurada en defecto de esta última, por lo que, al no haberse presentado la copia simple del título, su propuesta fue descalificada”. Por otro lado, en la **Resolución N° 97-2012-TC-S1**, también se cuestionó que: “El Consorcio Colonial no presentó su propuesta técnica conforme al capítulo III-Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases, que exigía que “los profesionales presentaran copia del Título profesional y la Colegiatura”,

documento que el Impugnante reconoció no incluirlo en su propuesta técnica”.

- **Se haya producido una disparidad en la respuesta jurisdiccional.** En la **Resolución N° 170-2012-TC-S1**, las bases habían establecido que para acreditar el Ingeniero Civil, éste debía ser un profesional colegiado y habilitado, por lo que era obligatorio presentar la copia del título profesional, de la colegiatura y del certificado de habilidad o una declaración jurada para este último. Es así, que el Tribunal resuelve: “de la propuesta técnica del Impugnante se advierte que sólo presentó el Diploma de incorporación como Miembro Ordinario de la Orden como Ingeniero Civil, Diploma del Grado de Bachiller en Ingeniería Civil y Certificado de Habilidad emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú, por lo que el Impugnante, en el caso de su Gerente de Obras, no presentó su título profesional de Ingeniero Civil; ergo se resuelve declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Requena”. Asimismo, en la **Resolución N° 97-2012-TC-S1** del 30 de enero de 2012 (15 días antes de emitir la **Resolución N° 170-2012-TC-S1**), el Comité Especial descalificó la propuesta técnica del Consorcio Colonial por no presentar copia del Título Profesional del Ingeniero Sanitario; sin embargo, contrariamente resuelve: “conforme al numeral 2.5.1. de las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 005-2011-GG-PJ, el título profesional no estaba previsto como un documento obligatorio, cuya omisión descalificaba la propuesta, sino como un

documento que acreditaría el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos”; y conforme al Art. 3.09° del Título II del Estatuto del Colegio de Ingenieros del Perú, el requisito para incorporarse es: a) Tener Título de Ingeniero expedido, revalidado o reconocido, obtenido de personas que acrediten estudios universitarios completos. Es por ello, que al estar inscrito el Ingeniero en el Colegio de Ingenieros del Perú, aquel cuenta con el Título Profesional y que el no presentarlo, no impide tener la certeza de su grado académico; por lo que, se declara fundado en parte la apelación interpuesta por el Consorcio Colonial contra la descalificación de su propuesta técnica.

- **No exista motivación de cambio de criterio.** La Primera Sala del OSCE no realizó el mínimo análisis de los presupuestos básicos para el cambio del criterio interpretativo de la norma, lo que origina la falta de debida motivación y la violación al principio de igualdad.

- Finalmente, no se efectuó una observancia escrupulosa del Debido Proceso, como el derecho a la prueba, a efectos que la Administración garantice un procedimiento administrativo compatible con la Justicia.

**d) Con respecto a la violación al debido proceso:** el debido proceso al ser un derecho constitucional que rodea también al proceso administrativo, de las condiciones mínimas de equidad y justicia que respalden la legitimidad de la certeza del derecho, este debe garantizar la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial, lo que a su vez es

garantía de la Tutela Procesal Efectiva, tal como lo refiere el Código Procesal Constitucional; por lo que, se observa que la emplazada ha vulnerado el Debido Proceso al emitir un pronunciamiento arbitrario.

**e) De la Vulneración al Principio Constitucional de Razonabilidad y Proporcionalidad.** Al respecto, se señala los siguientes argumentos:

- Que, el principio de Proporcionalidad, reconocido por el último párrafo del Art. 200° de la Constitución, ha sido invocado por el Tribunal Constitucional, para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma, cuya constitucionalidad se impugna<sup>4</sup>, sea por la restricción de derechos fundamentales en el proceso penal o para controlar la potestad sancionadora de la administración.
- Que, el Tribunal Constitucional<sup>5</sup> establece un canon interpretativo para el control constitucional de las resoluciones judiciales, a través de un examen de razonabilidad, coherencia y suficiencia, por lo que el principio de proporcionalidad constituye un canon de valoración para evaluar actos estatales, como la Resolución N° 170-2012-TC-S1, en la que se evaluará si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta excesiva o no, lo que se evidencia en este caso.

**f) De la vulneración al derecho a la libertad de contratación y libertad de empresa;** conforme al Art. 53° de la Ley de Contrataciones del Estado, se presentó una Carta Fianza por un valor de S/. 765,134.86, como garantía de la apelación a favor del OSCE, equivalente al 3% del valor referencial de la Licitación Pública, y ya que en la Resolución

---

<sup>4</sup>) STC N° 0016-2002-AI/TC.

<sup>5</sup>) STC 03179-2004 AA/TC Fund. 15 a 24.

N°170-2012-TC-S1 se dispuso ejecutar la carta fianza, ello evidencia una violación al derecho de contratar libremente y la libertad de empresa, pues de hacerse el cobro por agotamiento de la vía administrativa, se ocasionaría un grave perjuicio patrimonial que amenaza su existencia jurídica, motivo por el que se busca tutela jurisdiccional efectiva en el proceso de amparo y no en la vía judicial igualmente satisfactoria como el proceso contencioso administrativo, por ser una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria<sup>6</sup>.

#### **1.2.1.8. Medios Probatorios:**

- a) Copias de las Resoluciones N° 170-2012-TC-S1 y N° 97-2012-TC-S1, ambas emitidas por la Primera Sala del Tribunal del OSCE.
- b) Copia del recurso de apelación en sede administrativa.
- c) Copia de la Carta Fianza emitida por el BBWA Banco Continental.
- d) Copia de la sentencia del Tribunal Constitucional 04166-2009AA/TC (principio de congruencia procesal).
- e) Copia de la sentencia del Tribunal Constitucional 01211-2006-AA/TC (de los parámetros de evaluación del derecho fundamental de igualdad).
- f) Copia de la sentencia del Tribunal Constitucional 00023-2009 AA/TC (la demanda no se rechaza pese a existir la vía igualmente satisfactoria).

#### **1.2.2. SOBRE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

- 1.2.2.1. **Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE**, representado por su Procurador Público, Augusto Tristán Arellano. El 06 de marzo de 2012, se apersona al proceso y absuelve el traslado de la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando:

---

<sup>6</sup>STC N° 023-2009-AA/TC.



“se la declare improcedente por existir una vía igualmente satisfactoria, como el Proceso Contencioso Administrativo”; o “infundada, pues la Primera Sala del OSCE ha resuelto con estricto respeto a las normas y sin vulnerar el derecho constitucional”. Expone los siguientes fundamentos:

**a) Respecto a que no existe otra vía idónea igualmente satisfactoria;**

pues la STC N° 023-2009-AA/TC, señala al amparo como la vía idónea por la necesidad de “tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria”:

- Que, la sentencia es para casos concretos, no para este caso, pues no hay cosas en común. Además, ejecutar una garantía, que la norma de contratación pública prevé para evitar retrasos en el proceso, no implica que intervenga la justicia constitucional, pues no se afectan derechos, ya que son funciones legales del Tribunal Administrativo.
- Que, con la demanda Contencioso Administrativa se hubiera podido obtener una medida cautelar que suspenda la ejecución de la carta fianza o de haberse ejecutado, solicitar la consignación del monto.
- Que, en el Exp. N° 2157-2006-PA/TC, se señaló: “(...) el amparo no es la vía idónea para determinar si los hechos de la demanda están arreglados o no a Derecho, pues se requiere la actuación de medios que puedan ofrecer y debatir las partes, lo que no es posible en el proceso constitucional, que carece de etapa probatoria”.

**b) Respecto a la vulneración del Derecho a la Debida Motivación –**

**Principio de Congruencia Procesal, exigida por el principio *Tantum Apellatum Quantum Devolutum*, se señala lo siguiente:**

- En la demanda se pretende aplicar características de la congruencia procesal en su faceta judicial, sobre hechos sucedidos en un proceso

administrativo de naturaleza distinta, concluyendo erróneamente que existen actos violatorios de derechos que se tutelan en un amparo.

- El cuestionamiento de la acreditación del Gerente de Obra, que produjo indefensión al impugnante por falta de oportunidad en el contradictorio, y por no respetar el procedimiento del numeral 2) del Art.10° de la Ley N° 27444; fue formulado en una fecha previa a que el expediente se encontrara listo para resolver, por lo que el demandante tuvo la oportunidad de refutarlo con un escrito, que presentó el 09 de febrero de 2012 (contradiendo su argumento), tal como se verifica en el numeral 19 de los antecedentes de la Resolución N° 170-2012-TC-S1, y en el fundamento 28.
- El Art. 5° de la Ley N° 27444 establece que: “El contenido del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrativos, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue la posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor”; por lo que, el acto administrativo puede incluir aspectos que no hayan sido propuestos por el administrado.
- El Art. 187.2° de la Ley N° 27444 refiere que el derecho procesal administrativo tiene una particularidad en cuanto al procedimiento iniciado de parte, pues la resolución que pone fin al proceso no sólo debe ser congruente con los argumentos del recurrente; sino que al funcionario le corresponde resolver aspectos que obren en el expediente cualquiera sea su origen, ya que se afectaría el derecho de

defensa del administrado, si se decidiera sobre aspectos no planteados en el expediente (incongruencia omisiva).

**c) Respecto a la vulneración del Art. 2º inciso 2) de la Constitución, principio del derecho a la igualdad;** se señala lo siguiente:

- En cuanto al hecho de que la Primera Sala del OSCE habría aplicado consecuencias jurídicas distintas frente a hechos análogos, el principio de igualdad en la aplicación de la ley impone que la misma decisión se aplique por igual a los que se encuentren en la misma situación; sin embargo, el presente caso no se enmarca en dicho principio, pues las Resoluciones N° 097-2012-TC-S1 y N° 170-2012-TC-S1, fueron adoptadas por votación mayoritaria de dos vocales y un voto en discordia, lo que revela posiciones discrepantes.
- Ninguna de las resoluciones constituyen precedente administrativo, que son actos resolutivos firmes que concluyen asuntos particulares pero tienen interpretaciones jurídicas en general para la norma administrativa.

**d) Respecto a la vulneración del derecho al debido proceso relativo a la Debida Motivación, y la vulneración al Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad;** el procurador señala lo siguiente:

- En cuanto a los supuestos de hecho concordantes con lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre Motivación Aparente, ello carece de validez, porque en el fundamento 30 de la resolución objeto de demanda, señala que las bases establecieron que para acreditar que el Ingeniero Civil era un profesional colegiado y habilitado, se debía de presentar de manera obligatoria, copia simple del título profesional y

del certificado de habilidad; sin embargo, el Impugnante en su propuesta técnica, su Gerente de Obras sólo presentó copias del Diploma de Colegiatura de Ingeniero Civil, del Grado de Bachiller en Ingeniería Civil y del certificado de habilidad, por lo que los fundamentos de la Primera Sala del OSCE no se encuentran en el supuesto de motivación aparente, dado que manifestó el sustento factico con el que contaba y por lo cual era imprescindible revisar el contenido de la propuesta técnica del Consorcio Requena.

- La motivación del Tribunal ha respondido a todas las alegaciones de impugnación del demandante, por lo que, el pronunciamiento sobre un aspecto adicional, es algo que la Ley N° 27444 ha previsto en la regulación sobre el objeto o contenido del Acto Administrativo.
- Respecto a la Motivación Defectuosa, el razonamiento jurídico de la Resolución N° 170-2012-TC-S1, permite identificar coherencia en su contenido, sin que exista contradicción en el análisis de la antigüedad de los equipos propuestos, la presentación de la Promesa Formal de Consorcio y la falta de acreditación del Gerente de Obras.
- Sobre la vulneración del principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, la Resolución N° 170-2012-TC-S1 resulta idónea, pues conforme al Art. 61° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que para que la propuesta sea admitida debe incluir la documentación obligatoria que exija las Bases y los requerimientos técnicos mínimos; la Primera Sala del OSCE descalificó al impugnante por no contar con el documento

exigido en las Bases, por lo que su pronunciamiento resulta directamente proporcional con la consecuencia jurídica prevista.

**e) Respecto a la vulneración del Derecho a la Legítima Defensa;** al no sustentarse su alegación, no hicieron mayor pronunciamiento.

**1.2.2.2. La Municipalidad Provincial de Requena,** representado por su Procurador Público Alejandro Gerardo Muñoz Cortez.

El 02 de marzo de 2012 se apersona como Litisconsorte Necesario; sin embargo, el Primer Juzgado Civil de Maynas solicita que cumpla con acreditar la legitimidad para obrar o el interés para obrar con el original o la copia legalizada de la Resolución de Alcaldía N° 010-2012-A-MPM.

El 08 de marzo de 2012 presenta escrito señalando que el Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil dispone que, para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral; y el numeral 43° del Código Procesal Constitucional señala que cuando en el proceso apareciera la necesidad de comprender a un tercero, el juez puede integrar la relación procesal emplazándolo, si de la demanda o de la contestación se evidencia que la decisión lo va a afectar; por lo que si la Municipalidad fue la que convocó la Licitación Pública, se verá afectada con la suspensión de su ejecución.

El 09 de marzo de 2012, adjunta copia certificada de la Resolución de Alcaldía N° 012-2011-A-MPR y fundamenta su interés para obrar. Asimismo, señala que con la paralización de la Licitación Pública, no se podrá ejecutar la Obra, ni se permitiría la consecución de las metas y

objetivos institucionales, ni disponer de los fondos transferidos por el Ministerio de Economía y Finanzas.

### **1.2.3. SOBRE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS EN LA DEMANDA.**

#### **1.2.3.1. La Municipalidad de Requena deduce Excepción de Falta de Agotamiento de Vía Administrativa contra Consorcio Requena.**

El 23 de marzo de 2012, a fin de que se anule lo actuado y se concluya el proceso, señala que ante la Primera Sala del Tribunal del OSCE, existe pendiente de resolver una petición de nulidad de oficio contra la Resolución N° 170-2012-TC-01, solicitado por el Consorcio Requena, alegando los mismos hechos y la vulneración de los mismos derechos de su demanda de amparo, lo que daría origen a una resolución del Tribunal; por lo que se advierte la existencia de vías paralelas, pues aún no hay un pronunciamiento firme que de por agotado la vía administrativa.

Asimismo, conforme al primer párrafo del Art. 53° del Código Procesal Constitucional, concordante con los Arts. I, IV y VII del Título Preliminar y los Arts. 2°, 442° y 443° del Código Procesal Civil, absuelve la demanda y solicita se declare: improcedente por no agotarse la vía administrativa; infundada por no acreditarse la violación de los derechos invocados; y se condene al demandante al pago de costas y costos por incurrir en manifiesta temeridad, conforme al Art. 56° del Código Procesal Constitucional, por lo siguiente:

- a) Sobre la acreditación del gerente de obra, la Primera Sala del OSCE verificó que el demandante sólo adjuntó el diploma de bachiller en ingeniería civil, pese a que en el Capítulo III de las Bases, se estableció que el ingeniero civil deberá acreditar estar colegiado y habilitado con

la copia de título profesional, del diploma de colegiado y del certificado de habilidad, hecho que si determina su descalificación, por lo que el Tribunal consideró que la obligatoriedad de dicho documento no restringe la competencia, ni la participación de los postores.

- b)** La Resolución N° 170-2012-TC-S1 se encuentra motivada fáctica y jurídicamente, pues si bien se pronuncia sobre un aspecto adicional, que no fue observado por la entidad, ni cuestionado por el apelante, no se vulnera el debido proceso, ya que el Art. 5° de la Ley N° 27444, señala que “el acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio (...)”.
- c)** No se ha violado el derecho de defensa, pues la falta de acreditación del Gerente de Obras fue de su conocimiento, ya que presentó su descargo en la Audiencia Pública, el cual fue revisado y motivado por el Tribunal, en la Resolución N° 170-2012-TC-S1 – numeral 19).
- d)** Al tratarse de hechos que tienen que ver con la Ley de Contrataciones del Estado, requieren de actuación probatoria que permita establecer con mayor claridad los hechos alegados por las partes, lo que carece el proceso de amparo, incurriendo en la causal de improcedencia prevista en el inciso 2) del Art. 5° del Código Procesal Constitucional, por lo que el caso debería dilucidarse en la vía contenciosa administrativa.

#### **1.2.4. DESARROLLO DEL PROCESO:**

##### **1.2.4.1. Resolución N° 04:** del 08 de marzo de 2012 (Fs. 320-321).

Se tiene por apersonado al Procurador del OSCE, y como no solicita informe oral, ni deduce excepciones, defensas previas o nulidad de auto admisorio; se tiene por absuelto su traslado de la demanda, por ofrecido los medios probatorios y se ponen los autos a despacho para sentenciar.

##### **1.2.4.2. Resolución N° 05:** del 12 de marzo de 2012 (Fs. 331-332).

Se comprende a la Municipalidad Provincial de Requena como Litisconsorte Necesario Pasivo, representado por su Procurador Público; por lo que, se dispone notificar la demanda, los anexos y el auto admisorio.

##### **1.2.4.3. Resolución N° 06:** del 12 de marzo de 2012 (Fs. 333).

Integrada la Municipalidad como Litisconsorte Necesario, se deja sin efecto la resolución que pone los autos a despacho para sentencia.

##### **1.2.4.4. Resolución N° 10:** del 28 de marzo de 2012 (Fs. 926-927).

Se tiene por deducida la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y se corre traslado al demandante para que la absuelva.

##### **1.2.4.5. Escrito del Consorcio Requena que absuelve la Excepción de la Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa;** del 03 de abril de 2012 (Fs.

929-942), en el que solicita se declare infundada, por lo siguiente:

a) Se interpuso la demanda de amparo porque la Resolución N° 170-2012-TC-S1 constituye el agotamiento de la vía administrativa; y la nulidad de oficio es sólo un hecho discrecional.

b) La Municipalidad inobservó los Arts. 45° y 46° del Código Procesal Constitucional, pues pese a resolverse la nulidad, no será necesario el



agotamiento de la vía administrativa si está en ejecución, y los efectos de la Resolución N°170-2012-TC-S1 aún se mantienen vigentes.

c) La Municipalidad desconoce el Art. 45° del Código Procesal Constitucional, el cual señala “que en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo”, conforme a los principios de **Pro Hómine**<sup>7</sup>, **Pro Libertates**<sup>8</sup> y **Pro Actione**<sup>9</sup>, que “permiten que ante las diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, que afecten la justicia constitucional, se opte por la menos limitadora de derechos fundamentales.<sup>10</sup>

**1.2.4.6. Escrito del Consorcio Requena**, del 16 de abril de 2012 (Fs. 950-1036), que adjunta el Acuerdo N° 169/2012.TC-S1 del Tribunal del OSCE, que declara improcedente la nulidad y concluido el proceso administrativo.

**1.2.4.7. Auto de Saneamiento Procesal – Resolución N° 12**, del 23 de abril de 2012 (Fs. 1037-1041); se declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, se pone los autos a despacho para sentenciar y declara infundada la excepción de agotamiento de la vía previa por lo siguiente:

a) Si bien el Art.115° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que la resolución que resuelve la apelación agotan la vía administrativa, pese a que se interpuso el recurso de nulidad, eso es un hecho discrecional que no contempla el ordenamiento jurídico, ya que es el propio OSCE el que da por agotada la vía administrativa.

---

<sup>7</sup>**CARPIO MARCOS, Edgar**– “La Interpretación de los derechos fundamentales” Lima, 2004. Pags. 31. Es una directriz de preferencia de normas, en la que se elegirá la norma que otorgue mejor protección al derecho fundamental.

<sup>8</sup>**CARPIO MARCOS, Edgar** – “La Interpretación de los derechos fundamentales” Palestra. Lima, 2004. Pags. 29-30, lo refiere como una directriz de preferencia de interpretaciones, donde las restricciones o limitaciones impuestas a los derechos fundamentales deben interpretarse de manera restrictiva, y no expansiva.

<sup>9</sup>**MANILI, Pablo Luis**.-“Perfil del Derecho Procesal Constitucional”. En El Derecho Procesal Constitucional Peruano. En: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde. José F. Palomino Manchego (Coordinador). Tomo I. Grijley. Lima, 200X. Págs. 145-164. Señala: “el juez debe buscar la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, eludiendo su rechazo in limine siempre que ello fuera posible y siempre que la acción tenga visos de seriedad”.

<sup>10</sup> Fundamento 14 STC 252-2009 AA/TC.

b) El agotamiento de la vía administrativa puede convertirse en un requisito inútil, cuando se afectan derechos fundamentales, pues el Tribunal Constitucional establece que en caso de duda al respecto se preferirá dar trámite a la demanda de amparo<sup>11</sup>; y si al momento de la demanda existía duda, a la fecha existe el Acuerdo N° 169/2012 TC-S1.

#### **1.2.5. SENTENCIAS EMITIDAS:**

##### **1.2.5.1. PRIMERA INSTANCIA: Primer Juzgado Civil de Maynas.**

Mediante **Sentencia – Resolución N° 13**; del 03 de mayo de 2012 (Fs. 1042-1063), se declara fundada la demanda de amparo, por los siguientes:

- a) Se vulneró el **derecho a la debida motivación en sede administrativa**, pues la Entidad al emitir la Resolución N° 170-2012-TS-S1, asumió una competencia que no se le habría atribuido, ya que la apelación buscaba evidenciar si la descalificación de la propuesta técnica se ajustaban o no a derecho, pero no a otro hecho ajeno. No se le emplazó al demandante, ni se le puso de conocimiento válidamente la causal imputada, por lo que no pudo exponer sus argumentos de defensa y ofrecer las pruebas para tener una decisión motivada, vulnerando los Arts. 235° y 242° de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con la Ley N° 27444.
- b) Se vulneró el **derecho a la igualdad ante la ley**, pues en la Resolución N° 170-2012-TC-S1 se resolvió diferente que en la Resolución N° 97-2012-TC-S1, pese a que eran casos similares. Asimismo, la Casación N° 3582-2009 señala que un órgano judicial no puede contravenir la decisión consentida de otro; por lo que, los juzgados y tribunales que apliquen el derecho al caso concreto lo harán con unidad de criterio.

---

<sup>11</sup>) STC N° 252-2009 AA/TC F.J.14.

- c) Se vulneró **la legítima defensa o derecho de defensa**, la cual es una garantía del respeto al derecho de defenderse en circunstancias en donde las instituciones creadas para ejercer la coerción en contra de quien violenta las reglas, no puedan hacerse presentes, ni puedan proteger la integridad de las personas. En la esfera penal, hace que las partes puedan colocarse en contradicción con “igualdad de armas”.<sup>12</sup>
- d) No se respetó **el debido proceso en sede administrativa**, ya que no se les permitió defenderse de un hecho que no fue impugnado, ni se les respetó el derecho de igualdad, pues en todo proceso, incluido el administrativo, el debido proceso debe cumplir con las garantías y normas de orden público<sup>13</sup>.
- e) Se vulneró **el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva**, que genera una protección del Estado a través de las garantías constitucionales y se apoya de los principios del pro actione (a favor del derecho de acción), de la razonabilidad y la obligación del Estado de proteger este derecho.
- f) En cuanto al **derecho a contratar libremente**, el Juzgado señala que no se encuentra acreditado plenamente el derecho alegado.
- g) Respecto a la **irreparabilidad del daño**, no cabe pronunciamiento sobre el fondo si los efectos del acto ya no pueden ser reparados en el tiempo, ya sea por imposibilidad jurídica o por imposibilidad material.
- h) Por último, señala que el OSCE en los puntos del 13 al 19 de su resolución expresa: “que si bien en el Formato N° 03 se debió consignar que los equipos ofertados no tengan una antigüedad mayor a 10 años”, al no señalarse en las Bases Integradas, la declaración jurada es válida

---

<sup>12</sup>Citadel informe del Estudio Torres Lara – Abogados. “El derecho de defensa”; en Teleley [www.asesor.com.pe/teleley](http://www.asesor.com.pe/teleley).

<sup>13</sup>EXP. N° 2678-2004-AA/TC FJ. 2.

para cumplir con dicho requisito; por lo que se puede emplear cualquier documento u otro idóneo que demuestre la antigüedad de los equipos. Respecto a la no acreditación del gerente de obras, si bien las bases disponían que dicho profesional debía estar colegiado y habilitado, en el Requerimiento Técnico Mínimo para el Gerente de Obra se señala “que el profesional colegiado y habilitado se acreditará con copia del título profesional, del diploma del colegiado y del certificado de habilidad o una declaración jurada en el que señalen estar habilitados para ejercer la profesión”, lo que indica que el Diploma de Colegiatura y el Certificado de Habilidad presentados por Consorcio Requena demuestran el grado profesional del personal propuesto y más aún si dicho requisito puede ser revisado por el Comité Especial en la etapa de evaluación de propuestas a fin de poner en conocimiento de la omisión de algún requisito para que se subsane y ya en caso de no cumplir con ello, recién se podría descalificar la propuesta técnica. Asimismo, en el Art. 1° de la Ley de Colegios de Ingenieros del Perú, la colegiación es obligatoria para el ejercicio de la profesión y conforme al Art. 3.09° del Título II de su Estatuto, que señala que se debe tener título de ingeniero para la Colegiatura; por lo que, el no presentar el título profesional, no impide la certeza del grado académico.

- i) Respecto a los costos del proceso, corresponde ampararse el pago de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 03223-2008-PA/TC<sup>14</sup> y el Art. 56° del Código Procesal Constitucional.

---

<sup>14</sup>) En el Exp. N° 03223-2008-PA/TC, fundamento 3 se establece que“(…) Este Colegiado en reiterada Jurisprudencia ha señalado que “(…) si bien el artículo 47° de la Constitución Política indica que el Estado está exonerado del pago de “gastos judiciales”, ello no implica que estos comprendan, a su vez, a las costas y costos del proceso, pues en dicho artículo no se especifica cuál es el contenido de dicho concepto, por lo que debe de entenderse que cuando

**DECISIÓN:** Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, interpuesta por Consorcio Requena, contra la Municipalidad Provincial de Requena, la Primera Sala del Tribunal del OSCE y su Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales, por violar los derechos alegados en la demanda. En consecuencia se ordena:

- Que se deje sin efecto la Resolución N° 170-2012-TC-S1 del 15 de febrero del 2012, expedida por la Primera Sala del Tribunal del OSCE.
- Que se remita el recurso de apelación administrativo del 26 de diciembre de 2011 a otra Sala del Tribunal del OSCE, para que se resuelva.
- Y conforme al Art. 56° del Código Procesal Constitucional, se ordena el pago de costos procesales, bajo los apercibimientos contenidos en sus Arts. 22° y 59°, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente.

#### **1.2.5.2. RECURSOS DE APELACIÓN:**

**a) Recurso presentado por la Municipalidad Provincial de Requena contra la Resolución N° 12.** Solicita que se revoque y se declare fundada la excepción de improcedencia de acción, porque el Art. 5° inciso 4) del Código Procesal Constitucional establece que no proceden los procesos constitucionales cuando no hayan agotado las vías previas y el A quo reconoce que antes de la demanda, el demandante extendió el procedimiento al interponer el recurso de nulidad de oficio, que recién el 12 de abril de 2012, casi dos meses después de la demanda de amparo, el Tribunal del OSCE acordó declarar improcedente el pedido de nulidad.

---

se refiere a los “gastos judiciales” se está haciendo alusión a los que el Código Procesal Civil denomina costas, ya que su artículo 410° indica que las costas están constituidas por los gastos judiciales realizadas en el proceso (...).”

**b) Recurso presentado por el Procurador del OSCE, contra la Sentencia – Resolución N° 13.** Al respecto señala lo siguiente:

- En relación a que se asumió una competencia no atribuida al Tribunal, el Juzgado incurre en error porque en los procedimientos administrativos la congruencia procesal se regula de acuerdo al Art. 5° de la Ley N° 27444, que señala que el acto administrativo podrá involucrar cuestiones no propuestas por las partes, siempre que el administrado pueda exponer su posición y aportar pruebas a su favor.
- La decisión del Juez es contraria a lo resuelto por él en el Cuaderno Cautelar, respecto a la no acreditación del Gerente de Obras, pues en la sentencia se afirma que se afectó el derecho de defensa del impugnante, pues no se le emplazó, ni se le puso en conocimiento la causal imputada; empero, el 08 de febrero de 2012 el adjudicatario expuso su argumento con escrito, el cual fue debatido al día siguiente en la Audiencia Pública.
- En cuanto al derecho de igualdad ante la ley, señala que en la Resolución N° 170-2012-TC-S1 se dio un tratamiento diferenciado respecto de la Resolución N° 97-2012-TC-S1, en base a la Casación N° 3582-2009; pero no explica las razones de este tratamiento.
- Respecto a que con la colegiatura del profesional se presume el título, ello es un juicio de valor sobre los requisitos de las bases del proceso de selección, que va contra las reglas que sujeta a la entidad y a los postores; y que la controversia puede verse en la vía contenciosa administrativa.

**c) Recurso formulado por el Procurador de la Municipalidad Provincial de Requena contra la Sentencia – Resolución N° 13.**

Solicita se revoque la sentencia y se declare improcedente la demanda, por lo siguiente:

- Existe vía procedimental igualmente satisfactoria, como la contenciosa administrativa, puesto que los hechos requieren de actuación probatoria.
- Resulta divergente con la Ley de Contrataciones del Estado, en la cual se señala que la interposición de la acción contenciosa administrativa cabe únicamente contra la resolución o denegatoria ficta que agota la vía administrativa y no suspende lo resuelto por la Entidad o por el Tribunal.

**1.2.5.3. SEGUNDA INSTANCIA: Sala Civil Mixta de la Corte de Loreto.**

Mediante **Sentencia de Vista - Resolución N° 19**, del 20 de agosto de 2012 (Fs. 1192-1201), el Colegiado conformado por los Magistrados Superiores Bretoneche Gutiérrez (ponente magistral), Carrión Ramírez y Chirinos Maruri, resuelve confirmar la Resolución N° 12 y revocar la Sentencia – Resolución N° 13; y reformándola la declara improcedente, por los siguientes fundamentos:

- a) Con relación a la apelación de la Resolución N° 12.** Señala que si bien el impugnante solicitó la nulidad de oficio de la Resolución N° 170-2012-TC-S1, el cual se resolvió mediante el Acuerdo N° 1819-2011.TC que declaró improcedente el pedido, esto no significa que no se haya puesto fin a la vía administrativa, pues el Art. 53° de la Ley de Contrataciones del Estado relata que en las discrepancias entre la

Entidad y los postores del proceso de selección, solo se podrá interponer el recurso de apelación ante el OSCE.

**b) Con relación al fondo de la controversia,** se señala lo siguiente:

- Si bien la acción contenciosa administrativa no suspende lo resuelto por la Entidad, ello no determina que la acción de amparo brinde mayor protección, pues él tampoco suspende el acto violatorio, siendo necesario para ello una medida cautelar que bien puede solicitarse en el proceso contencioso administrativo a través de la medida cautelar de innovar y de no innovar para impedir que un acto administrativo, actuación material o silencio administrativo conviertan en irreparable la agresión al derecho.
- El Proceso Contencioso Administrativo es “de plena jurisdicción” y su finalidad es la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, ya que en su regulación actual se controla la legalidad de la actuación administrativa (aspecto objetivo); e incorpora un aspecto subjetivo que tutela los derechos e intereses legítimos de los administrados, otorgando los medios jurídicos procesales para que el particular obtenga tutela ante cualquier actuación administrativa, permitiendo al Juez reconocer, restituir o indemnizar un derecho transgredido por acto, hecho u omisión (actuación material).
- Los plazos que se regulan en el proceso contencioso administrativo, que requieren de más tiempo por la intervención del Ministerio Público a diferencia del proceso de amparo que con la contestación de la demanda se emite sentencia, no es suficiente para habilitar la vía del amparo, ni la violación de derechos fundamentales, pues al



venir la afectación de una decisión administrativa, corresponde la vía contenciosa administrativa.

- Una tutela célere no surge directamente del amparo (que se llega a tramitar en 03 instancias), sino de las medidas cautelares que se otorguen, que tal como se observa el demandante solicitó para evitar que el daño se convierta en irreparable, objetivo que también pudo conseguirse en un proceso contencioso administrativo, ya que cuando sus medidas cautelares suspenden los efectos de los actos administrativos dictados por la legislación municipal o regional, hay mayor celeridad que en el amparo, conforme señalan los Arts. 38° al 40° del TUO de la Ley N° 27584 y el tercer párrafo del Art.15° del Código Procesal Constitucional.
- El demandante no justificó la necesidad del tratamiento excepcional en el caso concreto y estableció vías paralelas, pues pese a que la vía administrativa había concluido y había interpuesto demanda de amparo, solicitó la nulidad de la resolución en sede administrativa, cuando en sede judicial lo había conseguido en una medida cautelar.

#### **DECISIÓN:**

- Confirmaron la Resolución N° 12, que declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, formulada por el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Requena.
- Revocaron la Sentencia – Resolución N° 13, que declaró fundada la demanda y ordena dejar sin efecto la Resolución N° 170-2012-TC-S1; y reformándola declararon improcedente la demanda.

#### **1.2.5.4. RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL:**

**a) Recurso formulado por el Consorcio Requena contra la Sentencia de Vista - Resolución N° 19** (Fs.1226-1265). Fundamenta lo siguiente:

- Que, la Sala Civil recoge sus argumentos estimatorios del recurso de apelación para declarar improcedente el amparo, ya que señala que existe una vía igualmente satisfactoria para proteger los derechos vulnerados, como la vía contenciosa administrativa y que la posibilidad de acudir a una tutela célere, no surge directamente de la demanda de amparo, sino de las medidas cautelares que se otorguen; por lo que, se ha ocasionado una flagrante violación a la debida motivación y una incorrecta aplicación del Art. 5°, inciso 2) del Código Procesal Constitucional.
- Existe el desconocimiento de la naturaleza de las medidas cautelares, pues de acuerdo al Art. 16° del Código Procesal Constitucional, las medidas cautelares se extinguen de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso adquiere autoridad de cosa juzgada, cosa que no ocurre en la vía contenciosa administrativa, ya que según el Art. 630° del Código Procesal Civil, las medidas cautelares son canceladas cuando la sentencia de primera instancia declara infundada la demanda.
- La Sala no tomó en cuenta que acudir a la vía contenciosa administrativa, dado los extensos plazos, puede traer como consecuencia que el daño del acto administrativo devenga en un daño irreparable, porque se ejecutaría la carta fianza y se culminaría la obra ilícitamente otorgada en buena pro.

**b) Escrito presentado por el Procurador Público OSCE.** Presentado el 30 de noviembre de 2012 ante el Tribunal Constitucional, en el que fundamenta su defensa frente al recurso de Agravio Constitucional.

- Señala, que respecto a lo aludido por el demandante, de que el proceso de amparo se justifica por la necesidad de una urgente tutela para que el postor adjudicatario no ejecute la obra haciendo irreversible la afectación de su derecho y para que no se le ejecute la carta fianza que es la garantía de su recurso administrativo de apelación; en la actualidad la tutela urgente ya no lo es, puesto que en el proceso de amparo, luego de concederse la medida innovativa de suspensión de los efectos de la Resolución del Tribunal del OSCE, el Primer Juzgado Civil de Maynas, al resolver la oposición, revocó la medida cautelar, permitiendo que la Municipalidad Provincial de Requena celebre el Contrato de Obra N° 068-2012-MPR con el Consorcio Nor Amazónico el 14 de marzo del 2012, para la ejecución de la Licitación Pública N° 001-2011-MDR.
- Que, a la fecha ha transcurrido 260 días de los 480 días pactados para la ejecución de la obra, el cual representa el 54.16% del plazo estimado; por lo que, de revocarse la buena pro otorgada al Consorcio Nor Amazónico, es evidente que el hipotético nuevo contratista (de ser jurídicamente posible que lo hubiera) no podría ejecutar la obra que fue materia de la Licitación Pública, sino el saldo no ejecutado por el actual contratista.

#### **1.2.5.5. TERCERA INSTANCIA: Tribunal Constitucional.**

Mediante Sentencia N° 04293-2012-PA/TC del 18 de marzo del 2014 (1363-1396), el Pleno del Tribunal Constitucional conformado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con el voto singular del magistrado Urviola Hani y los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, declaran infundada la demanda en el extremo a la afectación del derecho de defensa, fundada la demanda en el extremo a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley; y dejan sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA-TC. Los principales fundamentos son:

##### **a) Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda:**

El Tribunal Constitucional considera que del análisis del petitorio y de los hechos de la demanda de amparo, lo que se plantea está relacionado con el derecho constitucional al debido proceso en sede administrativa, al haberse afectado: **i) el derecho de defensa**, por presuntamente incorporar hechos nuevos no planteados en el recurso administrativo de apelación del demandante; y, **ii) el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley**, ocasionada por la emplazada supuestamente por decidir, para el caso concreto del actor, aplicando un criterio jurídico distinto al previamente establecido con un pronunciamiento administrativo anterior. Es así, que las afectaciones expuestas, si bien pueden ser examinadas en el proceso contencioso administrativo, en vista de la gravedad de los hechos denunciados y de su relevancia constitucional, serán analizadas en el presente proceso.

**b) Sobre la afectación del derecho de defensa (Art. 139°, inciso 14) de la Constitución), señala los siguientes fundamentos:**

- El derecho de defensa al ser un derecho fundamental de naturaleza procesal, se proyecta como un principio de interdicción de cualquier situación de indefensión y como un principio de contradicción de actos procesales que repercute en la situación jurídica de las partes.
- Si bien el principio de congruencia forma parte del derecho a la debida motivación y garantiza que el juzgador resuelva sin omitir, alterar o exceder las pretensiones de las partes (STC N° 08327-2005-PA/TC, fundamento 5), en sede administrativa ello se encuentra flexibilizado, pues la falta de identidad entre el recurso de apelación y la Resolución N° 170-2012-TC-S1, no implica que se afecte el derecho de defensa del administrado, siempre que se le otorgue la oportunidad de realizar los descargos sobre los nuevos hechos.
- En la Resolución N° 170-2012-TC-S1 (considerando 19), mediante escrito de fecha 09 de febrero de 2102, el demandante realizó su descargo acerca de la no acreditación del “Gerente de Obra”, y si bien no pudo ejercer una defensa completa, en autos no obran pruebas que lo sustenten, por lo que se entiende que sí realizó su contradicción. Por lo tanto, se desestima la demanda en ese extremo, pues no se ha acreditado la vulneración del derecho de defensa.
- Llama la atención que el demandante tomó conocimiento del nuevo hecho recién en la audiencia pública, cuando conforme al derecho de defensa, ello implica que se realice efectivamente la contradicción y que se disponga del tiempo razonable para elaborarlo.

**c) Sobre la afectación del derecho a la igualdad en aplicación de la ley (Art. 2º, inciso 2) de la Constitución), señala lo siguiente:**

- En la STC N° 01279-2002-AA/TC (fundamento 3), se señala que “el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley, no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados, por lo que se prohíbe la expedición de actos o resoluciones arbitrarias, caprichosas y subjetivas.
- Respecto a que si un tratamiento diferenciado constituye una afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, el agraviado debe plantear un término de comparación válido conforme al fundamento 24 de la STC N° 01211-2006-PA/TC; y si bien, se enfocó originalmente al ámbito jurisdiccional, se extiende también al ámbito administrativo.
- Para la Resolución N° 170-2012-TC-S1, se ha planteado como término de comparación la Resolución N° 97-2012-TC-S1, siendo que ambas han sido emitidas por la Primera Sala del Tribunal del OSCE, conformada por los mismos integrantes (Basulto Liewald, Seminario Zavala e Isasi Berrrospi), que opinaron acerca del mismo hecho y expusieron pareceres jurídicos distintos; corresponde examinar si la Resolución N° 170-2012-TC-S1 ha ofrecido una justificación objetiva y razonable para realizar un trato desigual.
- En la Resolución N° 97-2012-TC-S1 (15 de enero de 2012) establece que para el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos del profesional de ingeniería, la presentación de la copia del “Título

Profesional” es un documento prescindible, si es que se han adjuntado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú, dado que en el Estatuto del Colegio de Ingenieros (Ley N° 24648 – Ley de Colegio de Ingenieros del Perú), para la incorporación como miembro ordinario es necesario tener título de ingeniero. Por otro lado, en la Resolución N° 170-2012-TC-S1 (15 de febrero de 2012), la misma Sala considera que sí es indispensable adjuntar la copia del “Título Profesional”, aun cuando se haya presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad, por lo que, en ambas resoluciones administrativas se analiza la pertinencia de la presentación de la “copia del Título Profesional”, como uno de los medios para acreditar el grado profesional.

- Se concluye que en la Resolución N° 170-2012-TC-S1 existió un tratamiento diferenciado injustificado, pues en ambas se analizó el mismo supuesto de hecho sobre la documentación idónea para acreditar el grado profesional del personal especializado, y se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí. La Resolución N° 170-2012-TC-S1, no expresó en su debida oportunidad las razones por las cuales no continuó con el criterio preestablecido acerca de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedida por el Colegio de Ingenieros del Perú; por lo que, en este extremo debe estimarse la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

**d) Efectos de la Sentencia:**

- Al estar probada la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, corresponde reponer las cosas al estado anterior a la violación; sin embargo, en la presente causa ha devenido la sustracción de la materia, pues en la Resolución N° 861-2012-TC-S2, del 13 de setiembre del 2012, expedida por la Segunda Sala del Tribunal del OSCE y dictada en este proceso de amparo en virtud de la solicitud de actuación inmediata de sentencia de primera instancia, se advierte que el 14 de marzo de 2012, la Municipalidad Provincial de Requena suscribió con el Consorcio Nor Amazónico el Contrato N° 068-2012-MPR sobre ejecución de la obra de la Licitación Pública N° 001-2011-MPR, por lo que al momento de dictarse esta sentencia, han transcurrido 09 meses de iniciada la obra, lo que no hace posible que se retrotraigan los hechos.
- Conforme al segundo párrafo del Art. 1° del Código Procesal Constitucional, se declara la irreparabilidad del derecho, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la demanda y se deje sin efecto la ejecución de la carta fianza.
- En los Expedientes N° 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC, se establecieron los seis presupuestos básicos que deben observarse para establecer un precedente vinculante; es así que el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03741-2004-PA/TC fijó precedente vinculante en relación con el ejercicio de la potestad de realizar control difuso por parte de los Tribunales Administrativos u órganos colegiados de la Administración Pública que imparten



justicia administrativa, con carácter nacional y adscritos al Poder Ejecutivo (considerando 4, resolución aclaratoria), siendo que posteriormente en el Expediente N° 00014-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional fijó algunas reglas adicionales; sin embargo, a pesar de haberse fijado las reglas para un precedente vinculante en el Expediente N° 00024-2003-AI/TC, las mismas no fueron respetadas cuando se fijó el precedente contenido en el Expediente N° 03741-2004-PA/TC sobre control difuso administrativo, dado que:

- Ni en la praxis judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias de los Arts. 38°, 51° y 138° de la Constitución, pues son claros respecto de a quién corresponde ejercer control difuso.
  - Tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.
  - No existía vacío legislativo en la Constitución, Código Procesal Constitucional o el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y con la delimitación hecha en la Constitución de a quién le corresponde tal potestad, la Ley N° 27444, ni otras disposiciones administrativas hayan legislado sobre el particular.
  - En la práctica jurisdiccional o administrativa no se advierte diversas interpretaciones de los Arts. N° 38°, 51° y 138° de la Constitución, y en el Expediente N° 03741-2004-PA/TC, no se estableció para cambiar algún precedente vinculante preexistente.
- Se evidencia razones objetivas y coherentes para dejar sin efecto el precedente citado, ya que se fijó sin respetar las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional y al respecto existen tres objeciones:

- Cuando la Constitución regula esta atribución, no sólo establece la residencia en el Poder Judicial, sino que expone la forma en que deben proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público, pues en el mejor de los casos puede ser extensivo a los que desempeñen función jurisdiccional, pero no a los Tribunales Administrativos, que no son órganos jurisdiccionales.
- El Art. 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha establecido un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen control difuso, el cual se señala que: “(...) las sentencias expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación (...)”; por lo que, independientemente de si la sentencia es cuestionada o no, éstas son elevadas en consulta, lo que en los tribunales administrativos no ocurre, dado que en caso de no ser impugnadas las resoluciones en las que se aplicó control difuso, adquirirán la calidad de cosa juzgada.
- Permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso, afecta el sistema de control dual de la jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional, conforme los artículos 138° y 201° de la Constitución, también afecta al principio de división de poderes, dado que permite que un Tribunal Administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo,

controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional, pues de permitírsele, el Poder Ejecutivo ejercería la labor de controlar la constitucionalidad de una ley, cuando conforme a la Constitución, no le corresponde cuestionarla, sino atacarla, no obstante ello, los alcances de este pronunciamiento no enervan las obligaciones derivadas de los Arts. 38°, 44° y 51° de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, ya que esta última debe respetar durante los procedimientos administrativos, los derechos fundamentales, las garantías procesales y los principios constitucionales que lo conforman.

**DECISIÓN:**

- Declarar Infundada la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho de defensa.
- Declarar Fundada la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley causada por la Resolución N° 170-2012-TC-S1.
- Disponer que el Tribunal del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y que cumpla con actuar conforme con el fundamento 29, supra.
- Dejar sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

**e) Fundamentos de voto del Magistrado Vergara Gotelli:**

- La Sala emplazada dio respuestas a los cuestionamientos del recurrente, y se pronunció sobre “la no acreditación del Gerente de Obras”, el cual no comporta un agravamiento a sus derechos, puesto que su recurso se desestimó explicando las razones.
- Respecto a la afectación al derecho a la igualdad, se observa un trato diferenciado sin que existan razones objetivas y razonables; sin embargo, se observa también que la obra ya está siendo ejecutada, por lo que en los hechos la situación se ha tornado en irreparable y sólo corresponde disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en dichos actos, debiéndose dejar sin efecto la carta fianza.
- Respecto al extremo del Precedente Vinculante N° 03741-2004-PA/TC referido a la aplicación del control difuso por parte de los Tribunales Administrativos, no podrán ser aplicados mientras no implementen una instancia de control, por lo que dicho precedente no debe ser aplicado, no tanto por las razones de su emisión, sino por las razones de la falta de regulación de su pertinencia, puesto que ello puede conllevar a realizar actos inconstitucionales.

**f) Fundamentos de voto del Magistrado Álvarez Miranda:**

- Conforme a lo señalado por el Colegiado en la STC N° 00014-2009-PI/TC, cuando la comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi “inaplica” una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad (Cfr. Fundamento N° 25).
- El cambio de precedente no enerva las competencias de dicha entidad sobre eliminación de este tipo de barreras.

**g) Voto Singular del Magistrado Urviola Hani:**

Señala que en cuanto a los extremos de la demanda coincide con la posición mayoritaria, pero que no está de acuerdo en el extremo de dejar sin efecto el precedente vinculante sobre el control difuso, por lo que al respecto señala los siguientes argumentos a favor:

- El Tribunal Constitucional ha sostenido que el Art. 138° de la Constitución no puede ser interpretado literalmente, de que el control difuso sólo puede ejercerlo el Poder Judicial, pues la interpretación literal “no puede aceptarse porque se basa en la idea ingenua de que las palabras están dotadas de un significado propio, independiente de los usos” (Guastini, Ricardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. UNAM, 1999, pp.25-26). Además, si se interpretara literalmente, no se habría establecido doctrina jurisprudencial vinculante tan valiosa como la sentencia del recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 00004-2009-PA/TC).
- El Control Difuso norteamericano se estableció jurisprudencialmente y no mediante una disposición constitucional, pues tanto en doctrina como en jurisprudencia comparada se afirma que la interpretación de los derechos fundamentales debe ser extensiva y la interpretación de las competencias, atribuciones o poderes de Estado debe ser estricta, expresa o literal; sin embargo, la constitución peruana establece el poder de los jueces de aplicar el control difuso, lo que no impide que el Tribunal Constitucional, mediante precedentes vinculantes, reconozca el control difuso a los Tribunales Administrativos.

- El Tribunal Constitucional no puede dejar sin efecto un precedente vinculante sin analizar cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado en el sistema jurídico o si requiere alguna reforma para optimizarlo, pues el Precedente Vinculante del Expediente N° 03741-2004-AA/TC, fue publicado el 11 de octubre de 2006, y desde esa fecha hasta ahora han transcurrido más de 07 años en los que la doctrina nacional se ha encontrado dividida, siendo una posición a favor la que señala que: “el sentido del control difuso fue preservar los derechos fundamentales de los excesos de los principios democráticos, más allá de a quien se le encargaba esa labor<sup>15)</sup>”. Así, los Tribunales Administrativos, como los de Indecopi, fundamentan sus decisiones y a veces con mejor argumentación que los órganos judiciales, utilizando como premisa el precedente vinculante.
- Los fundamentos que le sirvieron de base al Tribunal Constitucional para establecer el control difuso administrativo (Expediente. N° 3741-2004-AA/TC), son los mismos que se utilizaron para establecer el control difuso arbitral, (Expediente N° 00142-2011-PA/TC).
- No todos son desacuerdos, pues en la decisión en mayoría y en el fundamento del voto en discordia, se ha identificado que el problema es la inexistencia de un procedimiento de consulta que revise el ejercicio del control difuso administrativo efectuado por los Tribunales Administrativos, siendo que la mejor solución no sería eliminar el precedente vinculante, sino adicionar el procedimiento de consulta u otro similar, siempre que la decisión no sea impugnada.

---

<sup>15)</sup> BULARD, Alfredo. “Verdades y Falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En: La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Palestra del Tribunal Constitucional, Lima, 2007, pp. 43 y 51).

## CAPITULO II

### PROBLEMAS DE FONDO Y PROBLEMAS PROCESALES

#### 2.1. PROBLEMAS DE FONDO

##### 2.1.1. Problemas Centrales.

- 2.1.1.1.** Determinar si en el Proceso de Amparo correspondía declararse fundada por haberse vulnerado el Derecho al Debido Proceso, el mismo que comprende una serie de derechos y de principios de orden procesal constitucionalmente protegidos; toda vez que, se violaron el Derecho a la Debida Motivación, el Principio de Congruencia Procesal (Principio *Tantum Apellatum Quantum Devolutum*), el Principio de Razonabilidad y el Principio de Proporcionalidad en el Procedimiento Administrativo tramitado ante el Tribunal del OSCE.
- 2.1.1.2.** Determinar si en el Proceso de Amparo correspondía declararse fundada por haberse vulnerado el Derecho a la Legítima Defensa, ya que no se le permitió ejercer su defensa conforme a la normativa y al proceso regular, respecto del nuevo punto controvertido (no acreditación del Gerente de Obras), incorporado al proceso administrativo tramitado ante el Tribunal del OSCE.
- 2.1.1.3.** Determinar si en el presente Proceso de Amparo correspondía declararse fundada por haberse vulnerado el Derecho de Igualdad ante la Ley, toda vez que se emitió resoluciones contrarias en dos casos similares, sin haber fundamentado de acuerdo a la normativa, el cambio de criterio.

**2.1.1.4.** Determinar si en el presente Proceso de Amparo correspondía declararse fundada por haberse vulnerado el Derecho a la Libertad de Contratación y la Libertad de Empresa en el procedimiento administrativo tramitado ante el Tribunal del OSCE.

#### **2.1.2. Problemas Colaterales.**

**2.1.2.1.** Determinar si correspondía dejar sin efecto la ejecución de la Carta Fianza, para resolver la controversia del Consorcio Requena; toda vez que se convirtió en irreparable el daño ocasionado por la resolución del Tribunal del OSCE, puesto que se produjo la sustracción de la materia al haber transcurrido 09 meses de iniciada la obra, lo que hizo imposible que se retrotraigan los hechos.

**2.1.2.2.** Determinar si como consecuencia del presente Proceso de Amparo, correspondía que se genere un nuevo precedente vinculante que no permita que los Tribunales Administrativos u Órganos Colegiados realicen control difuso.

### **2.2. PROBLEMAS PROCESALES**

#### **2.2.1. Problemas Centrales.**

**2.2.1.1.** Determinar si en el presente proceso correspondía acudir a la Vía del Proceso de Amparo o a la Vía del Proceso Contencioso Administrativo.

**2.2.1.2.** Determinar si en el presente proceso de Amparo correspondía declarar infundada la Excepción de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa.

#### **2.2.2. Problemas Colaterales.**

**2.2.2.1.** Determinar si se ha respetado las etapas y los plazos que corresponden a la Vía del Proceso de Amparo.



## CAPITULO III

### APRECIACIÓN DEL PROCESO

El presente apartado contiene las apreciaciones personales respecto de lo resuelto en el Expediente Constitucional materia de sustentación. Para tal efecto, la graduando realizará un análisis de la sentencia expedida en primera instancia, la sentencia de vista expedida en segunda instancia; y la casación expedida por el Tribunal Constitucional, conforme a los problemas de fondo y problemas procesales planteados en el Capítulo II del presente Informe.

#### **3.1. Análisis de los Problemas de Fondo surgidos durante el proceso.**

##### **3.1.1. Con relación a los Problemas Centrales.**

##### **3.1.1.1. Respecto a la vulneración del Derecho al Debido Proceso, por la violación del Derecho a la Debida Motivación - Principio de Congruencia Procesal, Principio de Razonabilidad y de Proporcionalidad.**

El principio jurídico del Debido Proceso, es el derecho de toda persona a tener ciertas garantías mínimas dentro de un proceso legal, en el que se le permita tener la oportunidad de ser oído y que se hagan valer sus pretensiones legítimas frente al juez, para asegurar un resultado justo y equitativo. Es así, que la Constitución Política en su Art. 139°, inciso 3) observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, señala que: “ninguna persona puede ser desviada de la función predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto del previamente establecido, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00023-2005-PI/TC (Fs. 43) señala que los derechos fundamentales que componen el debido

proceso son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que es extendido a otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo y legislativo, de arbitraje, entre otros). Asimismo, el debido proceso comprende una serie de derechos fundamentales con contenido constitucional protegido.

En el presente Proceso de Amparo, el demandante manifiesta que se le ha vulnerado el derecho al debido proceso durante el proceso administrativo de recurso de apelación tramitado ante la Primera Sala del Tribunal del OSCE y que como consecuencia de ello se afectaron su derecho a la Debida Motivación - Principio de Congruencia Procesal (Principio *Tantum Apellatum Quantum Devolutum*), Principio de Razonabilidad y de Proporcionalidad; toda vez que, en su recurso de apelación interpuesto por la descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MPR, por “no haber presentado el Formato de Promesa de Consorcio” y “no haber especificado en el Formato N° 03, la antigüedad del equipo propuesto”, solicitó que se califique si sólo esos dos supuestos eran o no acordes a derecho. Sin embargo, el Tribunal del OSCE al emitir la Resolución N°170-2012-TC-S1 determina que no concuerda con la Entidad y el Adjudicatario respecto a que para acreditar que los equipos no sean mayor a 10 años, debía consignarse en el Formato N° 03, pues las bases no lo indicaban, también que no concuerda respecto a que no se presentó la promesa formal de consorcio, pues el impugnante si presentó un Contrato de Consorcio con los datos de una promesa formal de consorcio y con mayores formalidades, pero además se pronuncia sobre un

hecho nuevo que no se había solicitado y por el que se declara infundado su apelación, el cual se refería a la no presentación del Título de Ingeniero Civil de su Gerente de Obra propuesto, documentación obligatoria que era requerida en las bases integradas.

Al respecto se debe analizar si se ha vulnerado tales principios, como:

**a) Derecho a la Debida Motivación - Principio de Congruencia**

**Procesal (vinculación exigida para el Principio Tantum Apellatum**

**Quantum Devolutum).** El demandante señala que el Tribunal del

OSCE, emitió un pronunciamiento extra petita al agregar un nuevo ítem

de controversia que no fue materia de impugnación, pues sólo debió

referirse a si los supuestos de descalificación se ajustaban o no a

derecho y no a otro hecho; y que por ello se vulneró su derecho a la

Debida Motivación, el cual constituye una de las garantías del debido

proceso y que está previsto en el Art. 139°, inciso 5) de la Constitución

Política, que señala: “la motivación escrita de las resoluciones

judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite,

con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho

en que se sustentan”; y en el Art. 03° de la Ley N° 27444, que refiere:

“el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción

al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”.

De otro lado, el demandante señala la afectación de su derecho al

principio de congruencia procesal –principio tantum apellatum quantum

devolutum, el cual refiere que al resolverse la impugnación ésta sólo

debe pronunciarse sobre las pretensiones o agravios del impugnante; sin

embargo, además de que el juez no puede ir más allá del petitorio, ni

fundar su decisión en hechos diversos de los alegados, también está obligado a pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos y las alegaciones de las partes<sup>16</sup>.

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, establece que: “la motivación es un deber de los órganos jurisdiccionales y un derecho de los justiciables, y su importancia es porque la doctrina la considera como un elemento del debido proceso, situación que ha coadyuvado para extender su ámbito a las resoluciones judiciales, administrativas y arbitrales”<sup>17</sup>. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que este derecho será respetado, siempre que exista:

- Fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que la contemplan.
- Congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de argumentos que expresen la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas.
- Que exprese una justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.<sup>18</sup>

Es por ello, que considero que no se ha vulnerado el derecho a la debida motivación, pues el órgano jurisdiccional, así como el administrativo deben motivar sus resoluciones respetando las cuestiones de hecho y de derecho que obren en el expediente, y que hayan sido formuladas por

---

<sup>16</sup>)CASACIÓN N° 1308-2001 CALLAO (Publicada el 02 de enero del 2002).

<sup>17</sup>) Castillo Alva José Luis; Luján Túpez Manuel; Zavaleta Rodríguez Roger E. (2006). Razonamiento Judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales. Lima. Ara Editores. Pág. 370 y 371.

<sup>18</sup>) Exp. N° 2523-2008-HC/TC. Lima, 13 de junio de 2009.

todas las partes del proceso, ya que al no hacerlo incurriría en arbitrariedad, de tal manera que se afectaría el derecho de defensa del administrado si se pronuncia sobre aspectos que no fueron planteados y sobre el cual no se pronunciaron los interesados (incongruencia omisiva), pues el principio de congruencia refiere que la competencia del superior sólo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación, por lo que se debe de respetar la normativa, lo cual implica que las partes hagan su descargo respecto a los cuestionamientos planteados durante el desarrollo del proceso.

Finalmente, el Art. 5° de la Ley N° 27444 precisa que: “el contenido del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrativos, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue la posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor”. Así también, el Art. 114°, incisos 2), 3) y 4) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que: “el acto expedido por la Entidad que resuelve el recurso de apelación deberá consignar como mínimo lo siguiente: (...) 2. La determinación de los puntos controvertidos planteados por el impugnante mediante su recurso y por los demás postores intervinientes en el procedimiento; 3. El análisis respecto de cada uno de los puntos controvertidos propuestos; y 4. La decisión respecto de cada uno de los extremos del petitorio del recurso de apelación y de la absolución de los demás postores (...).

**b) Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.** Su razón jurídica es la de mantener las decisiones de los poderes públicos lejos de la arbitrariedad, conforme al principio de imparcialidad, lo cual supone el rechazo de todo acto o norma arbitraria, entendida como “el reverso de la justicia y el derecho”<sup>19</sup>; por lo que considero que no se vulneró estos principios, pues el nuevo ítem se resolvió conforme al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que en su Art. 61° señala que: “para que una propuesta sea admitida deberá incluir, cumplir y, en su caso, acreditar la documentación de presentación obligatoria que se establezca en las Bases(...)”, cosa que no se cumplió al no adjuntar el título de ingeniero del Gerente de Obras.

#### **3.1.1.2. Respecto a la vulneración del Derecho a la Legítima Defensa.**

El demandante señala que el nuevo ítem de controversia fue presentado por el adjudicatario un día antes de la Audiencia Pública y expuesto en el Informe Oral ad portas del pronunciamiento final, por lo que el demandante sólo tomó conocimiento de ello de manera oralizada y resumida, lo que impidió que haga una defensa legal completa, y aunque luego expuso sus argumentos por escrito, nunca fue materia de impugnación. Es por ello, que se evidencia indefensión, pues no pudo ejercer su defensa conforme a la normativa, ya que no se respetó el procedimiento regular y no se pudo presentar las pruebas necesarias.

Al respecto, el derecho a la defensa representa el derecho fundamental de toda persona natural o jurídica, de poder defenderse ante un tribunal de justicia tanto jurisdiccional como administrativo, de todos los cargos que

---

<sup>19</sup> 20 EXP. N° 0090–2004–AA/TC, citado, fs. 12.

le puedan imputar, debiendo efectuarse dicha defensa respetando las garantías que le corresponden y en cualquier fase del proceso. Asimismo, el derecho de defensa al ser parte inseparable del derecho del debido proceso, obliga a los tribunales de justicia a evitar que durante el desarrollo del proceso, se puedan generar desequilibrios procesales en las partes que lo conformen, e impedir que ciertas situaciones que resulten limitativas para las partes los coloquen en un estado de indefensión.

Es por ello, que el Art. 139º, inciso 14), de la Constitución Política prescribe: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”; por lo que el derecho de defensa al ser una de las principales garantías del debido proceso, es entendida como la posibilidad de todo ciudadano, dentro de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer sus propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas que se le hayan imputado en su contra, así como ejercitar los medios impugnatorios que la ley faculta. De otro lado, el derecho de defensa no es privativo del emplazado, ni se reduce a la actividad que este despliega frente a la demanda; pues qué duda cabe que el demandante a lo largo del proceso también ejercita esta titularidad<sup>20</sup>.

Finalmente, la Ley N° 27444, en su Art. 161° - Alegaciones, inciso 161.1) establece que: “los administrados pueden en cualquier momento del

---

<sup>20</sup>RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Constitución Política Comentada. Cromeo Editores E.I.R.L. Primera Edición: septiembre 2018. Pág. 237 – 238.

procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver”. Con respecto a este punto, es preciso indicar que el Consorcio Requena con fecha 09 de febrero de 2012 presentó un escrito en el que efectúa su descargo respecto al hecho de no haber acreditado al Gerente de Obra (nuevo ítem de controversia); y aunque no se le corrió traslado del escrito del adjudicatario en el que señala esta nueva controversia, se advierte que si tomó conocimiento de la imputación, ya que el mismo día de la Audiencia Pública presentó su escrito de descargo con todas las contradicciones hacia el Adjudicatario y la Entidad.

En conclusión, si bien conforme al derecho de defensa, el demandante no dispuso del tiempo razonable para ejercer una defensa completa, ello no necesariamente implica que se le haya afectado el derecho de defensa del administrado, ya que se le otorgó la oportunidad de realizar los descargos, por lo que considero que no se ha vulnerado el derecho de defensa, ya que no estuvo en indefensión al poder realizar contradicción.

#### **3.1.1.3. Respecto a la vulneración del Derecho de Igualdad ante la Ley.**

El demandante manifiesta que el Tribunal del OSCE resolvió con diferentes criterios cuando emitió las Resoluciones N° 170-2012-TC-S1 y N° 97-2012-TC-S1, pues en ambos casos se apeló la descalificación de su propuesta técnica por no haber acreditado el Gerente de Obras con la copia del título profesional de ingeniero, por lo que señala lo establecido por el Tribunal Constitucional en la STC N° 01211-2006-AA/TC (fundamento 24), respecto a los presupuestos básicos para determinar cuándo se da un tratamiento diferenciado, los cuales son: **a)** identidad del órgano judicial



que resolvió el caso; **b)** que el órgano judicial tenga una composición semejante; **c)** que los supuestos de hecho sean sustancialmente iguales; **d)** que se haya producido una disparidad en la respuesta jurisdiccional y **e)** que no exista motivación de cambio de criterio.

Ahora bien, para saber si hubo un tratamiento diferenciado en la Resolución N° 170-2012-TC-S1, se ha planteado como término de comparación la Resolución N° 97-2012-TC-S1 que se emitió primero, resultando que ambas han sido emitidas por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE y estuvo conformada por los mismos miembros (Basulto Liewald, Seminario Zavala e Isasi Berrrospi), que opinaron acerca del mismo hecho (acreditación de los requisitos mínimos para el profesional de ingeniería); sin embargo, resolvieron con criterios jurídicos distintos, sin justificar objetiva y razonablemente el por qué en la Resolución N° 170-2012-TC-S1 resolvió de manera desigual.

Al respecto, la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el Art. 2°, inciso 2) de la Constitución Política del Perú, el cual señala que: “(...) toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Asimismo, el derecho de igualdad ante la ley es un principio constitucional y a la vez es un derecho subjetivo que garantiza el trato igual a los iguales y el desigual a los desiguales<sup>21</sup>, consagrando con ello dos vertientes: el principio de igualdad y el derecho a la igualdad; siendo que de un lado la igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite

---

<sup>21</sup>) STC Exp. N° 00021-2012-AI, fs. 184-191.

la convivencia armónica en sociedad, y de otro lado, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que este lo respete, proteja o tutele.<sup>22</sup> Por lo tanto, el derecho a la igualdad se constituye, prima facie, como el derecho que obliga a los poderes públicos y a los poderes particulares, a encontrar un actuar paritario con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, así como a tratar de manera desigual a las personas que estén en situaciones desiguales, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional<sup>23</sup>.

En el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece, entre los objetivos básicos, el de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”; así también, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Art. 2° se proclama que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. De manera similar, el Art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Art. 3° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

---

<sup>22</sup>) STC N° 606-2004-AA/TC, fs. 9.

<sup>23</sup>) STC N° 0004-2006-PI/TC, fs. 118.

establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, etc. Es entonces que, para determinar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, es oportuno precisar que lo que prohíbe este derecho es el cambio irreflexivo o arbitrario del criterio judicial, puesto que dicho cambio sólo es legítimo cuando es razonado y está destinado a ser mantenido con cierta continuidad y generalidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, siendo que, del análisis de la Resolución N° 170-2012-TC-S1 se puede concluir que si hubo un tratamiento diferenciado injustificado en comparación con lo resuelto en la Resolución N° 97-2012-TC-S1, pues en ambas resoluciones se analizó el mismo hecho respecto a la acreditación Gerente de Obras propuesto con el título profesional del Ingeniero Civil; sin embargo, se emitió soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí, sin que de por medio se haya emitido un fundamento razonable del cambio de criterio, ya que no se expresó las razones por las cuales no se continuó con el criterio ya establecido respecto al hecho de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedida por el Colegio de Ingenieros del Perú; por lo que, considero que referente a este punto concuerdo con lo resuelto por el 1° Juzgado Civil de Maynas y el Tribunal Constitucional, pues se evidencia la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.

#### **3.1.1.4. Respeto a la vulneración del Derecho a la Libertad de Contratación y Libertad de Empresa.**

El demandante señala que al disponerse en la Resolución N° 170-2012-TC-S1 que se ejecute la Carta Fianza, valorizado en S/. 765,134.86, se evidencia una violación al derecho de contratar libremente y la libertad de empresa, pues de efectuarse el cobro, ello ocasionaría un grave perjuicio patrimonial que amenazaría la existencia jurídica del Consorcio Requena, motivo por el que se acudió a la vía del proceso de amparo y no a la vía contenciosa administrativo.

El derecho a la libre contratación se encuentra consagrado en el Art. 2° inciso 14) de la Constitución Política, el cual señala que: “toda persona tiene derecho (...) a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Por otro lado, la libre contratación tiene una doble perspectiva: prohibitiva en el sentido que, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales; y promotora, en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación, y se conceda debida protección a otros derechos fundamentales<sup>24</sup>.

Es por ello, que considero que cuando el acto administrativo de un particular amenace, interfiera en el goce o implique la supresión del ejercicio del derecho a la libertad de contratación, si se estaría vulnerando dicho derecho, pero la ejecución de una carta fianza es una regla de la Ley de Contrataciones del Estado, legalmente avalada por nuestra Constitución

---

<sup>24</sup>) STC Exp. N° 0001-2005-AI/TC, fs. 53.

Política; y siendo que el derecho a la libertad de contratación no es un derecho absoluto, en el presente proceso no se observa que de manera directa se hay afectando dicho derecho.

Finalmente, no se advierte que se está limitando al demandante su ejercicio para contratar en otra parte; sin embargo, el hecho de que la ejecución de la carta fianza no debería darse por la vulneración de los derechos fundamentales en el trámite del proceso administrativo, afectando su solvencia económica, ello si merece tutela urgente por parte del Órgano Jurisdiccional, por lo que concluyo que tampoco se ha vulnerado el derecho a la libertad de contratación.

### **3.1.2. Problemas Colaterales.**

#### **3.1.2.1. Respecto al hecho de dejar sin efecto la ejecución de la Carta Fianza.**

Como resultado de la duración del proceso de amparo, se efectuó la sustracción de la materia, pues la obra se estaba ejecutando desde hace 09 meses por parte del Adjudicatario; por lo que el Tribunal Constitucional, al declarar fundada la demanda por haberse vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley, sólo pudo atender el petitorio del demandante que era dejar sin efecto la ejecución de la Carta Fianza. Al respecto, la sustracción de la materia se da cuando el petitorio ha devenido en insubsistente, pues el supuesto que lo sustentaba desapareció, por lo que la autoridad ya no puede pronunciarse sobre el fondo de la demanda.

Es por ello, que a veces no es suficiente tener la razón e incluso tomar las acciones legales en el momento preciso, pues también es importante que se presente la demanda en la vía procesal que otorgue la seguridad jurídica de que vaya a ser resuelta con rapidez y aunque durante el proceso se haya

dado la sustracción de la materia, es menester también entender que las circunstancias adversas que se generen suelen escaparse de las manos inclusive de los órganos jurisdiccionales; sin embargo, el Tribunal Constitucional pudo otorgar una salvedad al demandante para que no se afecte su liquidez financiera como empresa, a través de una medida, como la es, el dejar sin efecto la ejecución de carta fianza.

### **3.1.2.2. Respecto al precedente vinculante que impide que los Tribunales Administrativos u Órganos Colegiados realicen control difuso.**

Si bien es cierto, la Resolución del Tribunal Constitucional se resolvió con el voto mayoritario de sus miembros y un voto en discordia, es preciso analizar el problema colateral que trajo dicha decisión, pues a raíz de la sentencia STC 03741-2004-PA/TC, se creó un nuevo precedente vinculante que ha traído discrepancias entre muchos, unos con pronunciamientos a favor y otros en contra, ya que dicha sentencia dejó sin efecto la potestad que se otorgaba a todo Tribunal u Órgano Colegiado de la Administración Pública a inaplicar una norma infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo. Es por ello que haré un breve análisis del contenido de este precedente vinculante conforme a lo siguiente:

**a) La figura del Control Difuso.** Hace referencia a la facultad constitucional concedida a los órganos jurisdiccionales para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley y ésta sobre cualquier norma de rango inferior. Tiene una **naturaleza incidental** que se origina a partir de un proceso existente en el cual se están dilucidando pretensiones o

cuestiones con relevancia jurídica, el cual produce un **efecto inter partis**, ya que sólo afectará a las partes vinculadas en el proceso, pues la inaplicabilidad de la norma solo se referirá al caso concreto, más no a la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad, por lo que la misma norma podrá ser invocada en otros procesos, en tanto no haya sido derogada, a través de los procesos legislativos o la declaración de inconstitucionalidad. En nuestro país, el deber de aplicar la Constitución y de preferir está a una norma de rango legal o infralegal le corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino prima facie al Poder Judicial, lo que quiere decir que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico la protección de los derechos fundamentales y de las demás disposiciones que la Constitución contiene no solo ostenta un nivel de garantía (el constituido por la jurisdicción constitucional), sino que puede decirse que la protección de los valores, principios y derechos que la Constitución encarna corresponde también a los jueces ordinarios a través de cualquier proceso de carácter jurisdiccional<sup>25</sup>.

**b) El Over Ruling del Precedente Salazar Yarlenque.** El Tribunal Constitucional en el presente caso dejó sin efecto el precedente vinculante referido al caso Salazar Yarlenque (Exp. N° 03741-2004-AA/TC), el cual confería a los tribunales y órganos colegiados de la Administración Pública con carácter nacional, la facultad de inaplicar normas contrarias a la Constitución; sin embargo, a raíz del nuevo precedente vinculante los entes administrativos no tienen la competencia, ni la facultad para controlar la constitucionalidad de la

---

<sup>25</sup>) ETO CRUZ, Gerardo. El Amparo – Ámbito de Protección de los Derechos Fundamentales, Análisis Sistemático de la Jurisprudencia del TC. Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L. Lima, Perú Junio 2017. Pag. 509.

norma aplicable al caso concreto, pero sí deberán de respetar, cumplir y defender la Constitución y los derechos fundamentales. Las razones para el Over Ruling del anterior precedente vinculante fueron:

- **Los fundamentos formales:** a criterio de los magistrados del Tribunal Constitucional, cuando se emitió el precedente vinculante del caso Salazar Yarlen que no se respetaron las reglas formales contenidas en la STC Exp. N° 00024-2003-AI/TC, pues no existía vacío legislativo, ni interpretaciones contradictorias, respecto de a quien le correspondía ejercer el control difuso que justificara el pronunciamiento.
- **Los fundamentos materiales.** El Tribunal Constitucional manifestó que al ser el Tribunal Administrativo parte del Poder Ejecutivo, permitir que controle la constitucionalidad de las normas emitidas por el Poder Legislativo afecta el control dual de la jurisdicción constitucional, como lo es el control concentrado y el control difuso, así como el principio de división de poderes, ya que la potestad de ejercer control difuso solo está reservada para los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional, y no para los órganos de naturaleza administrativa. Por otro lado, señaló que no existe un procedimiento de consulta que permita que un órgano superior revise el control difuso de los tribunales administrativos, tal como sí ocurre en los órganos jurisdiccionales que elevan sus sentencias a la Corte Suprema para ser revisadas, por lo que las decisiones administrativas pueden adquirir la calidad de cosa



juzgada sin verificar que se haya actuado conforme a la Constitución; y además, al realizarse dicho control difuso, el Ejecutivo tendría la potestad de controlar la constitucionalidad de una ley, cuando solo debe acatarla.

➤ **Voto singular del magistrado Urviola Hani.** No compartió la opinión de los magistrados que votaron en mayoría (Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda), pues considera que no puede dejarse sin efecto un precedente vinculante sin analizar cuál ha sido el efecto generado por el control difuso administrativo en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo, por lo que la mejor solución no sería eliminarlo, sino mejorarlo, adicionando una nueva regla, por ejemplo, que incorpore el procedimiento de consulta.

c) **Posiciones en contra.** En la página web de la Editorial IUS 360<sup>26</sup>, han abordado el tema desde tres aristas:

➤ **Separación de Poderes:** hace referencia a las razones alegadas por el Tribunal Constitucional para dejar sin efecto el precedente vinculante y su relación con la separación de poderes, pues manifiestan que una característica importante de la sentencia es que solamente se limita a dejar sin efecto el precedente vinculante que reconocía el control difuso administrativo, pero no contiene uno nuevo ni establece, en su parte resolutive, que a partir de ahora los tribunales u órganos administrativos estarán impedidos de inaplicar normas legales o infralegales que colisionen con la Constitución,

---

<sup>26</sup>) <http://ius360.com/editorial/bipolaridad-constitucional-sentencia-del-tc-deja-sin-efecto-el-precedente-vinculante-sobre-el-control-difuso-administrativo/>

puesto que la situación queda tal cual existía antes de la emisión de la sentencia del caso Salazar Yarlenque; sin embargo, los órganos de la Administración Pública están vinculados a la Constitución y seguirán, en la práctica, decidiendo conforme a ella; y ya que la decisión administrativa es susceptible de impugnación ante el Poder Judicial, serán ellos los que declaren de manera definitiva la inaplicación de la norma legal inconstitucional al caso concreto.

De otro lado, hacen una reflexión respecto a la función de la Administración Pública, la cual implica velar por el interés público bajo el principio de legalidad, pero con varios márgenes de discrecionalidad, por lo que podría sostenerse que es irrazonable negar a los tribunales administrativos la posibilidad de actuar frente a eventuales consecuencias antijurídicas de la aplicación de normas legales que, en la práctica, tienen más visibilidad para la Administración que para el Legislativo.

- **Bipolaridad Constitucional:** señala el criterio bipolar de la sentencia en cuestión y los efectos de la misma, ya que de un lado, les recuerda a los tribunales u órganos administrativos que deben ceñirse a los principios constitucionales, pues deben cumplir con dispuesto en los Arts. 38° y 51° de la Constitución, pero de otro lado, deja sin efecto la base jurisprudencial que les permitía inaplicar normas que entraban en contradicción con la Constitución, lo cual resulta paradójico que el Tribunal Constitucional señale que el hecho de que se haya dejado sin efecto el precedente vinculante sobre el

control difuso administrativo, no implica que los mismos dejen de estar sometidos a la Constitución.

➤ **Materia Ajena:** analiza qué tan pertinente fue emitir la decisión de dejar sin efecto el control difuso administrativo en un caso sobre materia ajena, pues en la Sentencia 4293-2012-PA/TC, el hecho de dejar sin efecto el control difuso administrativo se dio en el marco de la demanda de amparo interpuesta por el Consorcio Requena contra el OSCE, ya que si bien, el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional faculta al Tribunal Constitucional para emitir precedentes vinculantes, se debe cumplir el principio de congruencia, es decir, que esos precedentes vinculantes se deben referir a lo que se está resolviendo en la sentencia, siendo que la demanda no fue sobre control difuso administrativo, sino sobre la facultad de la Administración para incorporar hechos nuevos al proceso administrativo y la aplicación del principio de igualdad, por lo que se viola el principio de congruencia, pues no existe conexión fáctica y jurídica entre el caso del Consorcio Requena y OSCE, y la decisión de dejar sin efecto el precedente sobre control difuso administrativo.

**d) Criterio personal respecto del Precedente Vinculante que deja sin efecto la potestad de control difuso administrativo.** Frente a este punto considero que el hecho de aplicar control difuso por parte de los tribunales y órganos administrativos, otorga seguridad jurídica a los administrados de que se les va a salvaguardar sus derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, puesto que al ser el

Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución, y que toda resolución emanada de la Administración Pública es susceptible de control judicial, le correspondería a este órgano pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas en todas las esferas del derecho; consecuentemente, debería dictaminar si la aplicación del control difuso en un caso particular por parte de la administración, es realmente una interpretación acorde a la Constitución<sup>27</sup>. Ahora bien, se observa que nuestros Tribunales y Órganos Administrativos no cuenta con un Tribunal Superior que pueda verificar su labor de constitucionalidad, pues de darse, debería modificarse la estructura orgánica del Tribunal para que se incorpore una sala especial que revise las resoluciones en las que se hayan inaplicado normas en sede administrativa.

Ciertamente, todo esto provocaría una serie de conflictos por la dificultad que se presenta en el sistema para poder incorporar mejoras, ya que ello implica que se cree un presupuesto económico, así como la problemática en torno a las personas que podrían integrar el Tribunal, las cuales tendrían que ser altamente capacitadas para realizar la labor; empero creo que una vez que se haya dado la reestructuración, ello permitiría que exista coherencia sistemática y una adecuada aplicación del control difuso por parte de la Administración Pública, puesto que el fin es alcanzar la justicia y lograr una efectiva defensa de derechos fundamentales en todas las esferas estatales.

Concluyo que si bien es cierto, estoy de acuerdo con los fundamentos que llevaron al Tribunal Constitucional a emitir el precedente

---

<sup>27</sup>) Cfr. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, "Control difuso y administración: ¿Es viable que la administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?", en Revista jurídica del Perú, N° 41, 2002, p. 58

vinculante, puesto que se debe de respetar lo que establece la Constitución Política, teniendo en cuenta que los Tribunales Administrativos pueden hacer uso y abuso de dicha potestad emitiendo pronunciamientos arbitrarios, el hecho de reconocer la facultad de control difuso a los tribunales administrativos u órganos colegiados se circunscribe al deber que tienen todos los Órganos del Estado de respetar la supremacía de la Constitución y de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales; y aunque eso implique esperar que el Tribunal Constitucional les vuelva a conferir tal potestad a los Tribunales Administrativos y Órganos Colegiados, sería bueno poder plantear alternativas novedosas que contribuyan con ello.

### **3.2. Análisis de los Problemas Procesales surgidos durante el proceso.**

#### **3.2.1. Con relación a los Problemas Centrales.**

##### **3.2.1.1. Respecto del hecho de acudir a la Vía del Proceso de Amparo y no a la Vía del Proceso Contencioso Administrativo.**

El proceso de amparo se configura como un proceso autónomo que “tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo”<sup>28</sup>. Esta institución procesal se introduce en el ordenamiento jurídico peruano en la constitución de 1979 (Art. 295°) y se mantiene vigente en la Constitución de 1993, en el Título V “De las Garantías Constitucionales”, Art. 200°, inciso 2, la misma que señala: “La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de

---

<sup>28</sup>) Código Procesal Constitucional Peruano, Título I, Artículo 1°, PRIMER PÁRRAFO.

cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular<sup>29)</sup>.

En el presente caso, se cuestionó los motivos del Consorcio Requena para recurrir a la Vía del Proceso del Amparo y no a la Vía igualmente satisfactoria como el Proceso Contencioso Administrativo, ya que lo que se cuestionaba era una resolución emitida por el Tribunal del OSCE; sin embargo, el demandante sustenta su motivo en el hecho de que al disponerse que se ejecute su Carta Fianza Carta Fianza, por un valor de S/. 765,134.86, se ocasionaría un grave perjuicio patrimonial, por lo que busca tutela jurisdiccional efectiva en el proceso de amparo, por ser una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria. Empero, para que un proceso ordinario se califique como igualmente satisfactorio que el amparo, se debe tener en cuenta que, como señala el constitucionalista Luis Castillo Córdova, “no es posible considerar como tal a un proceso administrativo o a uno de carácter privado –como el arbitraje–, sino únicamente a los procesos judiciales”, por lo que no bastará que exista un proceso ordinario diseñado para la tutela de derechos fundamentales (vía específica), sino que debe analizarse si este resulta igual o más efectivo que el amparo para lograr la protección deseada (vía igualmente satisfactoria).

Es por ello, que el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02677-2013-PA/TC, ha establecido los criterios para identificar cuándo nos encontramos frente a una vía igualmente satisfactoria: **una objetiva,**

---

<sup>29)</sup> Inciso modificado por el Artículo Único de la Ley N° 26470, de 12.06.1995.

vinculada al análisis de la vía propiamente dicha que alude tanto a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea), como a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso que se ponga a su consideración (tutela idónea); así como **una subjetiva**, relacionada con la afectación al derecho fundamental, que alude al hecho de que una vía ordinaria puede ser idónea si al tramitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado involucrado (urgencia como amenaza de irreparabilidad).

Es así, que si bien es cierto la acción contenciosa administrativa no suspende lo resuelto por la Entidad, ello no significa que la acción de amparo brinde mejor protección, pues él tampoco suspende el acto violatorio, siendo necesario una medida cautelar que se solicite en la vía contencioso administrativo a través de la medida cautelar de innovar y de no innovar para impedir que un acto administrativo convierta en irreparable la agresión al derecho, los plazos que en él se regulan no son los mejores, ya que se requiere que se corra traslado al Ministerio Público, a diferencia del proceso de amparo que emite sentencia con la sola contestación de la demanda, convirtiéndose en una razón suficiente para recurrir a la vía del amparo, pues está claro la violación de los derechos fundamentales, a pesar de que ello implique que se llegue a tramitar en 03 instancias, tal como se aprecia en el presente caso, que a pesar de haberse tramitado en la vía de amparo, se produjo la sustracción de la materia.

### **3.2.1.2. Respecto a la Excepción de Falta de Agotamiento de Vía Administrativa.**

El agotamiento de la vía administrativa obliga a los administrados que antes de acudir a cualquiera de los procesos judiciales, deben reconocer la competencia jurídica de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito, ya que ello permite que las entidades administrativas tengan la oportunidad y la posibilidad de conocer y resolver sobre cualquier controversia que su actuación u omisión puedan producir en la esfera de intereses o derechos de los administrados, con anticipación a que sea sometida a la función jurisdiccional, por lo que si ello ocurre, se deduce que la vía administrativa ha quedado agotada.

En el presente caso, el Consorcio Requena manifiesta que se agotó la vía administrativa cuando el Tribunal del OSCE emitió como última instancia administrativa la Resolución N°170-2012-TC-S1; sin embargo, posterior a ello, el demandante realizó una petición de nulidad de oficio contra dicha resolución, por lo que se interpone excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, aduciendo que no se ha emitido un pronunciamiento final. Al respecto, al ser la resolución el acto administrativo que pone fin al proceso administrativo, esto produce que las cuestiones suscitadas hayan terminado. Ahora bien, considero que un pedido de nulidad de oficio no afecta lo decidido por la instancia administrativa, puesto que de acuerdo al Art. 115° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Resolución N° 170-2012-TC-S1 ya había puesto fin al proceso administrativo, y conforme al Art. 45° del Código Procesal Constitucional.



### **3.2.2. Con relación a los Problemas Colaterales.**

#### **3.2.2.1. Respecto a las etapas y los plazos de la Vía del Proceso de Amparo.**

Durante el proceso se advierte que se han respetado casi todas las etapas procedimentales del trámite del amparo y conforme al principio de pluralidad de instancias, se ha seguido el procedimiento legal en cada instancia; sin embargo, se observa alguno de los siguientes inconvenientes:

- a) 1º Instancia** – Primer Juzgado Civil de Maynas: se puede deducir que el proceso de amparo se resolvió sin mucha demora en el trámite, ya que la demanda que se interpuso el 22 de febrero del 2012 fue resuelta el 03 de mayo de 2012, es decir, dos meses y medio después. Durante la etapa de este proceso se interpuso una medida cautelar para suspender los efectos de la resolución emitida por el Tribunal del OSCE; sin embargo, a través de un recurso de oposición, que lo declara fundado, el Adjudicatario y la Entidad celebren el contrato para ejecutar la obra.
- b) 2º Instancia** - Sala Civil de Loreto: no se advierte inconvenientes en el trámite del proceso en esta instancia.
- c) 3º Instancia** –Tribunal Constitucional: se ha tramitado el proceso respetando las etapas correspondientes; sin embargo, en el proceso se declaró fundada la demanda de amparo solo en el extremo de la vulneración del derecho a la igualdad, disponiendo que no se ejecute la carta fianza; pero al haber transcurrido 09 meses de iniciada la obra, se produjo la sustracción de la materia. Finalmente, se advierte que la demanda de amparo fue elevado al Tribunal Constitucional en el mes de octubre del año 2012; sin embargo, fue resuelta en el mes de marzo del año 2014, produciendo un retraso de aproximadamente 01 año y medio.

## CONCLUSIONES

Como resultado del análisis del expediente y de lo expuesto en el presente resumen se concluye lo siguiente:

- No se ha vulnerado el derecho a la debida motivación, pues el órgano jurisdiccional y el administrativo deben motivar sus resoluciones respetando las cuestiones de hecho y de derecho que hayan sido formuladas por las partes, pues el principio de congruencia refiere que la competencia sólo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación, lo que implica que las partes hagan su descargo respecto a los cuestionamientos planteados.
- No se ha vulnerado el principio de razonabilidad y proporcionalidad, pues el nuevo ítem se resolvió conforme al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que en su Art. 61° señala que: “para que una propuesta sea admitida deberá incluir, cumplir y, en su caso, acreditar la documentación de presentación obligatoria que se establezca en las Bases (...)”, cosa que no se cumplió al no adjuntar el título de ingeniero del Gerente de Obras.
- No se ha vulnerado el derecho de defensa, pues el demandante presentó un escrito el día de la Audiencia en la que hizo su descargo respecto de la no acreditación del Gerente de Obra, y si bien no ejerció una defensa completa, sí realizó contradicción contra el nuevo ítem.
- En cuanto al derecho de igualdad ante la ley, en las Resoluciones N° 170-2012-TC-S1 N° 97-2012-TC-S1, si existió un tratamiento diferenciado injustificado, pues en ambas se analizó el mismo supuesto de hecho, se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí, sin expresar las razones por las cuales no continuó con el criterio preestablecido.
- No se ha vulnerado el derecho a la libertad de contratación y la libre empresa, ya que, si bien es cierto, cuando el acto administrativo de un particular amenace, interfiera en el goce o implique la supresión del ejercicio del derecho a la libertad de contratación, la ejecución

de una carta fianza es una regla de la Ley de Contrataciones del Estado, avalada por nuestra Constitución Política, pues la libertad de contratación no es un derecho absoluto.

- El hecho de aplicar control difuso por parte de los tribunales y órganos administrativos, otorga seguridad jurídica a los administrados de que se les va a salvaguardar sus derechos fundamentales protegidos constitucionalmente; puesto que si bien los Tribunales y Órganos Administrativos no cuenta con un Tribunal Superior que pueda verificar su labor de constitucionalidad, debería modificarse su estructura orgánica para que se incorpore una Sala Especial que revise las resoluciones en las que se hayan inaplicado normas.
- Si bien es cierto estoy de acuerdo con los fundamentos que llevaron al Tribunal Constitucional a emitir el precedente vinculante, puesto que se debe de respetar lo que establece la Constitución Política, uno de los problemas se presenta por el principio de legalidad que rige a la Administración Pública, puesto que el hecho de que las autoridades administrativas interpreten constitucionalmente las normas, no solo garantiza la plena eficacia de los derechos fundamentales y los principios constitucionales en sede administrativa, sino que posibilita que el ejercicio de control difuso cumpla sus fines.
- Si bien la actividad administrativa destinada a la resolución de conflictos no está reconocida explícitamente como una función jurisdiccional, y, por ende, no debería ejercer control difuso, en la práctica, administra justicia y crea derecho a través de sus resoluciones; por lo que, si es posible hablar de una cuasi jurisdicción administrativa.
- Los plazos que se regulan en el Proceso Contencioso Administrativo no son los más rápidos y adecuados para el presente caso que amerita tutela urgente, ya que se requiere que se corra traslado al Ministerio Público, a diferencia del Proceso de Amparo que emite sentencia con la sola contestación de la demanda, lo que lo convierte en la vía idónea para resolver el conflicto.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- CASTILLO, L. (2005). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Revista Peruana de Derecho Público.
- GUTIERREZ-TICSE, Gustavo. La Constitución Política del Perú. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima 2016.
- ETO CRUZ, Gerardo. El Amparo, Ámbito de Protección de los Derechos Fundamentales – Análisis Sistemático de la Jurisprudencia del TC. Editorial El Búho E.I.R.L. – Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Junio 2017.
- RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Constitución Política Comentada. Cromeo Editores E.I.R.L. Primera Edición, Septiembre 2018.
- GACETA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL. Código Procesal Constitucional Comentado – Tomo I y II. Editorial El Búho E.I.R.L. – Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Diciembre 2015.
- ARIANO, Eugenia; LEDESMA, Marianella; HURTADO, Martin; GUERRA, María Elena; ZELA, Aldo; MERINO, Roger; GONZALES, Gunther y Gálvez, Iván. Manual de Actualización Civil y Procesal Civil. Editorial El Búho E.I.R.L. – Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Enero 2010.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso - Tomo II. Editorial Universidad. Buenos Aires.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, R. Control difuso y administración: ¿Es viable que la administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?. Revista Jurídica del Perú N° 41, 2002.
- DEL POZO, C. Control difuso y procedimiento administrativo. Palestra Editores. Lima, 2005.