

OPINIÓN N° 018-2019/DTN

Entidad: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Asunto: Cancelación del procedimiento de selección y declaración de desierto
Referencia: Oficio N° 048-2019-JUS/OGAJ

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos formula consultas sobre la cancelación del procedimiento de selección y la declaración de desierto.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

De manera previa, corresponde señalar que con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 —*Decreto Legislativo que modifica la Ley*—, y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF —*Decreto Supremo que modifica el Reglamento*—, cuyas disposiciones rigen a partir de esa fecha salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Se encuentra vigente el criterio establecido en la Opinión N° 036-2017/DTN, según el cual debe realizarse una segunda convocatoria previamente a la cancelación de un procedimiento de selección declarado desierto, o dicha Opinión ha sido modificada o dejada sin efecto?” (Sic).

¹ De acuerdo a lo establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Legislativo N° 1341.

2.1.1. En primer lugar, debe señalarse que el artículo 29 de la Ley, concordante con el artículo 44 del Reglamento, establece que los procedimientos de selección **son declarados desiertos cuando** no se recibieron ofertas o cuando no existió ninguna oferta válida. De esta forma, una vez que el procedimiento es declarado desierto, total o parcialmente, el comité de selección debe emitir un informe al Titular de la Entidad (o al funcionario a quien se le hubiere delegado la facultad de aprobar el expediente de contratación), evaluando las causas que **no permitieron la conclusión del procedimiento**, debiendo adoptar las medidas correctivas antes de convocarlo nuevamente.

Así, el numeral 44.3 del artículo 44 del Reglamento establece que “*Cuando los procedimiento de selección se declaran desiertos, la siguiente convocatoria debe efectuarse siguiendo el mismo procedimiento de selección. En el caso de licitación pública sin modalidad o concurso público, la siguiente convocatoria debe efectuarse siguiendo el procedimiento de adjudicación simplificada.” (El resaltado es agregado).*

Como puede apreciarse, cuando un procedimiento de selección es declarado desierto, el Comité de Selección debe justificar y evaluar la causa de dicha situación, debiendo emitir un informe al Titular de la Entidad respecto a los motivos que **impidieron la conclusión del procedimiento** y haciendo los ajustes necesarios antes de volver a convocar el procedimiento. La convocatoria debe efectuarse siguiendo el mismo procedimiento, salvo en el caso de la licitación pública sin modalidad o concurso público, cuya convocatoria debe efectuarse siguiendo el procedimiento de adjudicación simplificada.

En este punto resulta pertinente precisar que la declaración de desierto no concluye el procedimiento de selección sino que este continua su curso, siguiendo el procedimiento que establece el Reglamento —*como se señaló, el procedimiento a seguir frente a la declaración de desierto se encuentra previsto en el artículo 44 del Reglamento*— para esos casos.

2.1.2. Por otra parte, es necesario indicar que el artículo 30 de la Ley establece que:

“Artículo 30. Cancelación

30.1 La Entidad puede cancelar el procedimiento de selección, en cualquier momento previo a la adjudicación de la Buena Pro, mediante resolución debidamente motivada, basada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad, (...).” (El resaltado es agregado).

Del dispositivo citado se desprende que la Entidad tiene la potestad de cancelar el procedimiento de selección en cualquier momento previo a la adjudicación de la Buena Pro, solo cuando se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 30 de la Ley, siendo estos: (i) por razones de fuerza mayor o caso fortuito; (ii) cuando desaparezca la necesidad de contrato; o (iii) cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva

responsabilidad.

En adición a lo señalado, debe mencionarse que conforme al artículo 46 del Reglamento, la decisión de la Entidad de cancelar, total o parcialmente, el procedimiento de selección, debe ser comunicada por escrito al comité de selección y encontrarse debidamente motivada en alguno de los supuestos previstos en el artículo 30 de la Ley²; dicha cancelación implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal de esta hubiese sido la falta de presupuesto.

Por lo expuesto, puede colegirse que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la Entidad pueda cancelar el procedimiento de selección en cualquier momento previo a la adjudicación de la Buena Pro, siempre que la decisión de cancelar el procedimiento se encuentre motivada en alguna de las causales del artículo 30 de la Ley; esto implica que, cuando un procedimiento de selección se encuentra en curso y aún no se ha adjudicado la Buena Pro, independientemente de que el procedimiento haya sido declarado desierto y aún no se hubiese convocado nuevamente —conforme a lo establecido en el artículo 44 del Reglamento—, la Entidad puede cancelar dicho procedimiento siempre que cumpla con las condiciones previstas en el artículo 46 del Reglamento.

- 2.1.3. Una vez realizado el desarrollo anterior, es necesario mencionar que la Opinión N° 036-2017/DTN, a la cual se hace mención en la presente consulta, desarrolla un criterio en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1017³, respecto de la posibilidad de cancelar un proceso de selección luego de que este se hubiese declarado desierto. Sobre el particular, señala lo siguiente:

“(...) la declaración de desierto no concluía el proceso de selección, el cual, se entendía, continuaba en curso, correspondiendo efectuar una nueva convocatoria del mismo, sin perjuicio de que luego de ella, la Entidad decidiera cancelar el proceso de selección, únicamente hasta antes del otorgamiento de la Buena Pro, de acuerdo a las causales previstas en artículo 34 de la Ley, (...).” (El resaltado es agregado).

De esta manera, es posible advertir que el criterio desarrollado en la Opinión N° 036-2017/DTN –en el contexto de la consulta que la origina– aclara que la declaración de desierto no concluye el procedimiento de selección⁴; en tal sentido, dicho procedimiento continúa, lo que implica que se debe proseguir con el mismo. Así en caso corresponda, se procederá a una nueva convocatoria de acuerdo al procedimiento previsto en el Reglamento⁵; no obstante, esta medida es

² Conforme al numeral 46.1 del artículo 46 del Reglamento, la resolución o acuerdo cancelatorio, al día siguiente de ser comunicada al comité de selección, debe ser registrada en el SEACE, y de ser el caso, remitida al correo electrónico señalado por los participantes del procedimiento.

³ Norma vigente hasta el 8 de enero de 2016.

⁴ Debe considerarse que en el marco del Decreto Legislativo N° 1017 (Ley de Contrataciones del Estado no vigente), la denominación era la de “proceso de selección”.

⁵ Hasta el 8 de enero de 2016, el procedimiento para convocar nuevamente el proceso de selección que se declaraba desierto se encontraba previsto en el artículo 79 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

independiente de que la Entidad decida cancelar el procedimiento; en otras palabras, incluso luego de que se declara desierto el procedimiento de selección (el procedimiento no concluye aún), y antes de haberlo convocado nuevamente, la Entidad puede decidir cancelar el procedimiento por alguna de las causales previstas en la Ley⁶.

2.1.4. Por lo tanto, considerando que lo expuesto en la Opinión N° 036-2017/DTN — desarrollado en el marco del Decreto Legislativo N° 1017 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF— guarda concordancia con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado vigente, el criterio vertido en la misma se encuentra vigente.

2.2 “¿Procede cancelar un proceso declarado desierto, por haber desaparecido la necesidad de contratar o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto asignado sea insuficiente o tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, sin necesidad de tener que realizar la segunda convocatoria?” (Sic.)

Como se indicó al absolver la consulta anterior, de acuerdo a lo previsto en el artículo 44 del Reglamento, cuando un procedimiento de selección es declarado desierto, correspondería que este sea convocado nuevamente siguiendo el mismo procedimiento, salvo que se trate de una Licitación Pública sin modalidad o un Concurso Público, los cuales deben ser convocados mediante Adjudicación Simplificada; no obstante, dicha medida es independiente de la posibilidad que tiene la Entidad de cancelar el procedimiento de selección —en cualquier momento, hasta antes de la adjudicación de la Buena Pro— por alguna de las causales establecidas en el artículo 30 de la Ley.

Por tanto, en el caso de un procedimiento de selección declarado desierto, independientemente de si éste ha sido o no convocado nuevamente —conforme al procedimiento previsto en el artículo 44 del Reglamento—, la Entidad tiene la posibilidad de decidir cancelar dicho procedimiento de selección en cualquier momento hasta antes de la adjudicación de la Buena Pro, siempre que dicha decisión sea motivada en alguna de las causales previstas en el artículo 30 de la Ley.

2.3 “¿Cómo debe procederse con un procedimiento de selección en el caso en que el presupuesto sea insuficiente y haga imposible obtener la certificación presupuestal para una segunda convocatoria, considerando que sí se cumple el supuesto para cancelación establecido en el artículo 30 de la Ley?” (Sic.)

Conforme a lo indicado en las consultas previas, el artículo 30 de la Ley establece los supuestos por los cuales la Entidad puede decidir cancelar el procedimiento de selección —en cualquier momento y hasta antes de la adjudicación de la Buena Pro—, siendo estos: (i) por razones de fuerza mayor o caso fortuito; (ii) cuando desaparezca la necesidad de contrato; o (iii) cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados, bajo su exclusiva responsabilidad.

⁶ Hasta el 8 de enero de 2016, las causales por las cuales la Entidad podía cancelar el proceso de selección se encontraban previstas en el artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1017.

Sobre el particular, debe precisarse que la Entidad es absolutamente responsable de la decisión de cancelar el procedimiento de selección, debiendo sustentar y motivar la cancelación en alguna de las causales previstas en el artículo 30 de la Ley.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Considerando que lo expuesto en la Opinión N° 036-2017/DTN —*desarrollado en el marco del Decreto Legislativo N° 1017 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF*— guarda concordancia con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado vigente, el criterio vertido en la misma se encuentra vigente.
- 3.2. En el caso de un procedimiento de selección declarado desierto, independientemente de si éste ha sido o no convocado nuevamente —*conforme al procedimiento previsto en el artículo 44 del Reglamento*—, la Entidad tiene la posibilidad de decidir cancelar dicho procedimiento de selección en cualquier momento hasta antes de la adjudicación de la Buena Pro, siempre que dicha decisión sea motivada en alguna de las causales previstas en el artículo 30 de la Ley.
- 3.3. La Entidad es absolutamente responsable de la decisión de cancelar el procedimiento de selección, debiendo sustentar y motivar la cancelación en alguna de las causales previstas en el artículo 30 de la Ley.

Jesús María, 22 de enero de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC/JDS