

Expediente N° 22973
T.D. 18877542

OPINIÓN N° 043-2021/DTN

Solicitante: Ministerio de Cultura

Asunto: Registro en el SEACE de la pérdida de la Buena Pro

Referencia: Formulario S/N de fecha 10.MAR.2021 - Consultas de las Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Néstor Saldaña Campos, Director de la Oficina General de Administración del Ministerio de Cultura, solicita la absolución de varias consultas relacionadas con la pérdida de la buena pro y el registro de dicho acto en el SEACE, conforme a lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado.

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

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

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que, de las cinco consultas planteadas, una de estas (la consulta N° 3), no se ha formulado en términos genéricos, pues hace alusión a una situación específica sobre la posibilidad de interponer recurso de apelación en contra de la pérdida de la buena pro; aspecto que excede la habilitación legal otorgada a este despacho través del literal n) del artículo 52 de la Ley. Por tanto, dicha consulta no podrá ser absuelta en el marco de la presente opinión.

desde el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿La pérdida de la Buena Pro y el registro de adjudicación de Buena Pro al segundo lugar se produce y/o realizan en un solo acto?” (sic)

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que conforme a lo establecido en el numeral 47.1 del artículo 47 de la Ley, el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE) permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

Al respecto, cabe anotar que las Entidades están obligadas a registrar en el SEACE, **dentro de los plazos establecidos**, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, **los procedimientos de selección**, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados, **conforme se establece en la Ley, en el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE²**.

En ese contexto, la normativa de Contrataciones del Estado –compuesta por la Ley, su Reglamento y las Directivas emitidas por el OSCE- regula –entre otros aspectos relevantes- la oportunidad en que deben registrarse en el SEACE los actos realizados durante el procedimiento de selección, tales como el otorgamiento de la buena pro, su consentimiento, e –inclusive- la pérdida de ésta por incurrir en el supuesto previsto en el Reglamento³, entre otros actos.

2.1.2. Sobre el particular, la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD establece las “Disposiciones aplicables para el acceso y registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE” (en adelante, la “Directiva”) y precisa en su numeral 11.2.3 las reglas para el registro de las acciones realizadas durante la ejecución del procedimiento de selección.

En dicho numeral se detalla la oportunidad en que se registran en el SEACE los actos aludidos, por ejemplo, **el otorgamiento de la buena pro** (que se registra en el día establecido en el cronograma correspondiente), **el consentimiento de la buena pro** (que se realiza al día siguiente de producido, **de acuerdo a los plazos establecidos en el Reglamento** y según el tipo de procedimiento de selección que corresponda), **así como la pérdida de la buena pro**.

Ahora bien, respecto de la pérdida de la buena pro, el literal r) del numeral 11.2.3 de la Directiva precisa lo siguiente:

² De conformidad con lo dispuesto en el numeral 25.1 del artículo 25 del Reglamento.

³ De acuerdo al literal c) del artículo 141 del Reglamento, “*Cuando no se perfeccione el contrato, por causa imputable al postor, este pierde automáticamente la buena pro*”.

“Pérdida de la buena pro: El registro de la información se efectúa con la indicación del nombre o razón social del postor que pierde la buena pro, señalando el motivo de dicha pérdida.

El mismo día del registro de la pérdida de la buena pro, la Entidad debe registrar el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar o la declaratoria de desierto.

***En caso del otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar, la Entidad registra el consentimiento de acuerdo a los plazos establecidos en el Reglamento, según el tipo de procedimiento de selección**”.* (El énfasis es agregado).

Como se advierte del citado dispositivo, la **pérdida de la buena pro** y el **otorgamiento de ésta** al postor que ocupó el segundo lugar en el procedimiento de selección, constituyen actos distintos entre sí; no obstante, de configurarse éstos conforme a lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado antes citada, ambos actos se registran el mismo día a través de la plataforma del SEACE.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, cabe precisar que si bien la Directiva prevé que el registro de dichos actos se efectúe el mismo día, esto **no** implica que el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar quede consentido en ese mismo acto, pues para tal efecto debe cumplirse el plazo reglamentario que corresponda según el tipo de procedimiento de selección (de acuerdo al artículo 119 del Reglamento), para después registrar dicho consentimiento en el SEACE dentro del plazo correspondiente conforme a lo dispuesto en el literal r) del numeral 11.2.3 de la Directiva.

2.2. “¿La pérdida de la Buena Pro es un acto apelable?”

2.2.1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 41.1 del artículo 41 de la Ley, “*Las discrepancias que surjan entre la Entidad y **los participantes o postores en un procedimiento de selección** y las que surjan en los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo marco, **solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento** (...)” (El énfasis es agregado).*

Como se aprecia, el citado dispositivo admite la posibilidad de interponer un recurso de apelación por actos dictados durante el procedimiento de selección hasta antes del perfeccionamiento del contrato, lo que incluye –entre otros- el otorgamiento de la buena pro.

En concordancia con lo dispuesto en el numeral 41.1 del artículo 41 de la Ley, el numeral 119.2 del artículo 119 del Reglamento establece lo siguiente:

“La apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de diserto del procedimiento de selección, se interpone dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar (...).”
(El énfasis es agregado).

Como se advierte, la normativa de Contrataciones del Estado prevé la posibilidad de impugnar actos posteriores al otorgamiento de la buena pro, tal como lo sería la pérdida de ésta, al tratarse de un supuesto en que el adjudicatario considere que se ha vulnerado su derecho a contratar con el Estado; lo contrario implicaría dejar a dicho proveedor en un estado de indefensión por no tener cómo cuestionar la decisión de la Entidad que determinó la pérdida de la buena pro.

Por lo expuesto, tal como establecen la Ley y el Reglamento, son impugnables los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, hasta el perfeccionamiento del contrato; en ese contexto, la pérdida de la buena pro constituye un acto apelable conforme a lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado.

- 2.3. “¿El otorgamiento de la adjudicación de la Buena Pro al postor que ocupó el segundo lugar, debe ser registrada en la Plataforma SEACE, el mismo día del registro de la pérdida de la Buena Pro, tal como indica el literal r) del numeral 11.2.3, de la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD, teniendo en consideración que la pérdida de la Buena Pro sería un acto apelable según el numeral 41.1 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, el otorgamiento o adjudicación de la Buena Pro, debe ser registrada en la Plataforma del SEACE, luego del registro del consentimiento de la pérdida de la Buena Pro que se produce a los ocho (8) o cinco (5) días hábiles según corresponda?” (sic.).**

Tal como se indicó al absolver la primera consulta, la pérdida de la buena pro y el otorgamiento de ésta al postor que ocupó el segundo lugar en el procedimiento de selección, constituyen actos distintos entre sí; no obstante, de configurarse éstos conforme a lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado, ambos actos se registran el mismo día a través de la plataforma del SEACE.

En ese contexto, cabe precisar que si bien la Directiva prevé que el registro de dichos actos se efectúe el mismo día, esto no implica que el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar quede consentido en ese mismo acto, pues para tal efecto debe cumplirse el plazo reglamentario que corresponda según el tipo de procedimiento de selección (de acuerdo al artículo 119 del Reglamento), para después registrar dicho consentimiento en el SEACE dentro del plazo correspondiente conforme a lo dispuesto en el literal r) del numeral 11.2.3 de la Directiva.

- 2.4. “En caso la pérdida de la Buena Pro sea un acto apelable y que el otorgamiento de Buena Pro al segundo lugar se debería registrar de manera posterior al consentimiento de la pérdida de Buena Pro, se consulta si ¿luego de registrar el otorgamiento de la Buena Pro al segundo lugar se requiere también esperar el**

periodo de consentimiento de Buena Pro de acuerdo a los plazos establecidos en el Reglamento (ocho o cinco días según el tipo de procedimiento de selección) o se debería entender el consentimiento automático?” (sic.).

De conformidad con lo expuesto, cabe reiterar que si bien la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD prevé que el registro de la pérdida de la buena pro y del otorgamiento de ésta al postor que ocupó el segundo lugar en el procedimiento de selección, respectivamente, se efectúe el mismo día; esto no implica que el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar quede consentido en ese mismo acto, pues para tal efecto debe cumplirse el plazo reglamentario que corresponda según el tipo de procedimiento de selección (de acuerdo al artículo 119 del Reglamento), para después registrar dicho consentimiento en el SEACE dentro del plazo correspondiente, conforme a lo dispuesto en el literal r) del numeral 11.2.3 de la Directiva.

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** La pérdida de la buena pro y el otorgamiento de ésta al postor que ocupó el segundo lugar en el procedimiento de selección, constituyen actos distintos entre sí; no obstante, de configurarse éstos conforme a lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado, ambos actos se registran el mismo día a través de la plataforma del SEACE.
- 3.2.** Tal como establecen la Ley y el Reglamento, son impugnables los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, hasta el perfeccionamiento del contrato; en ese contexto, la pérdida de la buena pro constituye un acto apelable conforme a lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado.
- 3.3.** Si bien la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD prevé que el registro de la pérdida de la buena pro y del otorgamiento de ésta al postor que ocupó el segundo lugar en el procedimiento de selección, respectivamente, se efectúe el mismo día; esto no implica que el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar quede consentido en ese mismo acto, pues para tal efecto debe cumplirse el plazo reglamentario que corresponda según el tipo de procedimiento de selección (de acuerdo al artículo 119 del Reglamento), para después registrar dicho consentimiento en el SEACE dentro del plazo correspondiente, conforme a lo dispuesto en el literal r) del numeral 11.2.3 de la Directiva.

Jesús María, 20 de abril de 2021.

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

.LAA/cjs