

OPINIÓN N° 091-2020/DTN

Entidad: Dirección General de Electrificación Rural
Ministerio de Energía y Minas

Asunto: Cancelación del procedimiento de selección

Referencia: Formulario S/N de fecha 14.AGO.2020.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director General de Electrificación Rural del Ministerio de Energía y Minas formula varias consultas relacionadas a la cancelación del procedimiento de selección.

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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTA¹ 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 a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

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 “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, determinándose que las consulta N° 1 y N° 2 no han sido formuladas en términos genéricos, pues plantean una situación concreta que sólo puede resolverse considerando las particularidades del caso; en ese sentido, al incumplirse las condiciones establecidas en el Formulario SPE – 3 – Consultas de entidades públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado, las consultas N° 1 y N° 2 no será absueltas.

“Según lo dispuesto en el numeral 67.1 del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, ¿Resultaría necesariamente aplicable la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el presente ejercicio presupuestal 2020, pese a la circunstancia extraordinaria, imprevisible e irresistible que implica la aparición de la Pandemia COVID-19, pudiendo considerarse a la misma como una posible causal de “FUERZA MAYOR” en la cancelación de un procedimiento de selección?” (Sic.)

2.1 En primer lugar, debe indicarse que, conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el OSCE 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. En razón de lo anterior, este Organismo Técnico Especializado no es competente para determinar si una situación en particular constituye un caso de fuerza mayor que podría conllevar a la cancelación del correspondiente procedimiento de selección.

Sin perjuicio de ello, a continuación, se brindarán alcances generales respecto a la cancelación del procedimiento de selección.

Cancelación del procedimiento de selección

2.2 En el marco del proceso de contratación la fase de selección tiene como objetivo emplear algunos de los métodos de contratación con el fin de seleccionar y contratar al proveedor que brindará la prestación requerida por la Entidad contratante, para ello es necesario que se cumplan las disposiciones establecidas en la normativa de contrataciones del Estado.

Así, si bien la situación esperada es que un procedimiento de selección concluya con la contratación del postor adjudicado con la buena pro², pueden existir otro tipo de situaciones que generen su culminación.

Al respecto, de conformidad con el artículo 69 del Reglamento, los procedimientos de selección culminan cuando se produce alguno de los siguientes eventos:

- a) Se perfecciona el contrato.*
- b) **Se cancela el procedimiento.***
- c) Se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causa imputable a la Entidad.*
- d) No se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 136.” (El resaltado es agregado).*

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que el procedimiento de selección pueda culminar, entre otras causales, cuando la Entidad dispone su cancelación.

² En tanto esta se encuentre consentida o administrativamente firme. Situación no aplicable en las contrataciones directas.

Sobre el particular, Morón³ señala que “*Nos encontramos frente a una figura particular de “revocación del acto administrativo”. Como se recuerda, la revocación permite a la propia autoridad administrativa unilateralmente dejar sin efecto un acto administrativo perfectamente válido únicamente por razones de interés público sobreviniente (mérito, conveniencia, u oportunidad). A diferencia de la nulidad que priva de efectos ab initio a actos transgresores la norma en su construcción, ahora nos encontramos frente a convocatorias a procesos y procedimientos conducidos hasta el momento dentro de un marco legal, pero que por una mutación posterior de la valoración jurídica del entorno hacen que la intención de contratar o adquirir pierda su mérito, sea inoportuna o devenga en inconveniente para el interés público actual, desvinculándose de la invitación”*”. (El subrayado es agregado).

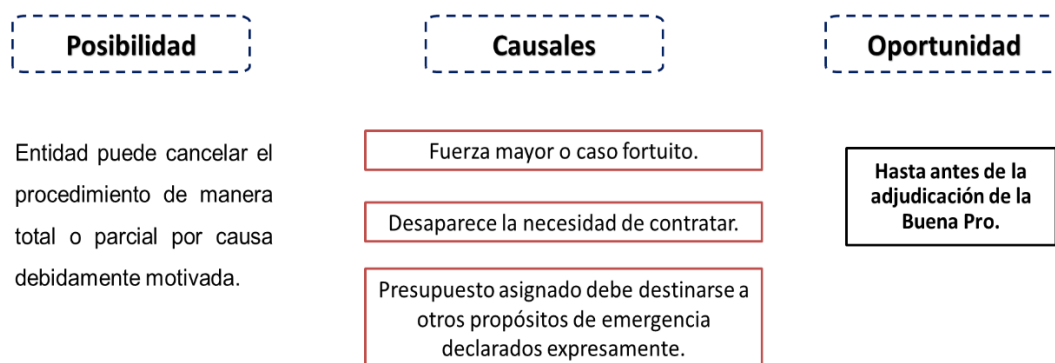
En ese sentido, la cancelación constituye una manera a través de la cual la Entidad, unilateralmente, culmina con el procedimiento de selección convocado al advertir una situación que imposibilita su ejecución, siempre que cuente con el sustento debido y que dicha situación se encuentre prevista en la normativa de contrataciones del Estado.

Causales de cancelación

- 2.3 El numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley establece que un procedimiento de selección puede ser cancelado, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, hasta antes del otorgamiento de la buena pro, siempre que se deba a “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”.

Por su parte, el numeral 67.1 del artículo 67 del Reglamento señala que la cancelación del procedimiento de selección puede ser total o parcial, debiendo obedecer a una causal debidamente motivada.

Cancelación del Procedimiento de Selección



Como puede advertirse, las causales que pueden generar la cancelación total o

³ Morón Urbina, Juan Carlos. *La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016. P. 570

parcial de un procedimiento de selección se encuentran definidos expresamente en la normativa de contrataciones del Estado; por ello, a efectos de declarar la cancelación de un procedimiento, la Entidad debe verificar y sustentar la configuración de alguna de las causales señaladas precedentemente.

Así, a efectos de establecer la viabilidad de cancelar –de manera total o parcial- un procedimiento de selección, la Entidad previamente deberá determinar las razones que la lleven a adoptar dicha decisión, debiendo además verificar si tales razones se enmarcan en alguno de las causales establecidas en el citado artículo 30 de la Ley, pues de lo contrario no existirá habilitación legal que respalde la cancelación.

Procedimiento de cancelación

- 2.4 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 dicho procedimiento se encuentre motivada en alguna de las causales del artículo 30 de la Ley.

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. Al respecto, en la Opinión N° 036-2017/DTN se indicó que *“Para fundamentar su decisión la Entidad debía apoyarse en un sustento técnico, verificable, así como en los principios que regían la contratación pública”*.

En ese sentido, cuando la Entidad decida cancelar total o parcialmente un procedimiento de selección al haberse configurado alguno de los supuestos establecidos en el citado artículo 30 de la Ley, debe formalizar dicha decisión mediante resolución o acuerdo emitido por el funcionario que aprobó el expediente de contratación, u otro de igual o superior nivel.

Posteriormente, dicha decisión es comunicada al órgano a cargo del procedimiento, es decir, el comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, quien debe registrar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, la resolución o acuerdo cancelatorio como máximo al día siguiente de realizada la referida comunicación, en el marco de lo que dispone el artículo 67 del Reglamento⁴.

Finalmente, debe mencionarse que la Entidad no incurre en responsabilidad por cancelar el procedimiento de selección bajo las causales establecidas en la normativa de contrataciones del Estado, respecto de los postores que hayan presentado ofertas.

Efectos de la cancelación

- 2.5 De conformidad con el numeral 67.1 del artículo 67 del Reglamento, una vez la Entidad emita su decisión de cancelar el procedimiento de selección, **se encontrará**

⁴ Es preciso mencionar que la cancelación puede ser objeto de apelación al Tribunal de Contrataciones del Estado, tal y como lo dispone el numeral 117.3 del artículo 117 del Reglamento.

imposibilitada de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal de la cancelación sea la falta de presupuesto.

En ese sentido, una vez aprobada la cancelación, la Entidad se encuentra impedida de continuar o reanudar el procedimiento de selección, ya que a través de la cancelación ha optado por su término, salvo cuando dicha cancelación se haya producido por la falta de presupuesto a que se refiere el artículo 67 del Reglamento, en el escenario que ahora sí se cuente con el presupuesto requerido.

Conforme a lo anterior, el numeral 67.1 del artículo 67 del Reglamento establece que cuando la Entidad decida cancelar, total o parcialmente un procedimiento de selección, por causal debidamente motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la Ley, se encontrará imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, incorporándose como **única excepción** cuando la causal de cancelación sea la falta de presupuesto.

- 2.6 Ahora bien, debe mencionarse que la prohibición de reanudar con el procedimiento de selección cancelado responde cuando se trata del “*mismo objeto contractual*”.

En este escenario, resulta importante referirse a la Opinión N° 052-2019/DTN, cuya última conclusión –en el marco de las consultas formuladas- es la siguiente:

*“Si en observancia de lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley y 46 del Reglamento, una Entidad decide cancelar, total o parcialmente, un procedimiento de selección declarado desierto, ello la imposibilitará de volver a convocar el mismo **objeto contractual** -esto es, con las mismas condiciones contractuales-, salvo que la causa sea la falta de presupuesto; sin embargo, tal situación no impide que, al advertir la existencia de una **nueva necesidad**, en el mismo periodo fiscal, dicha Entidad pueda convocar la contratación de un nuevo requerimiento cuyas condiciones contractuales difieran respecto del requerimiento que no se contrató, dado que constituye un objeto contractual distinto, independientemente de la denominación del procedimiento de selección.”*

Como se puede apreciar, conforme al criterio establecido en la citada opinión, cuando una Entidad decide cancelar, en el marco de lo previsto en la Ley y del Reglamento, un procedimiento de selección, queda imposibilitada de volver a convocar el mismo objeto contractual, salvo que la causa sea la falta de presupuesto. Ahora bien, la cancelación y sus efectos no impiden que la Entidad sustente y demuestre la existencia de una **nueva necesidad** en el mismo periodo fiscal, en cuyo caso podrá convocar la contratación del nuevo requerimiento, en tanto constituye un objeto contractual distinto.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 El numeral 67.1 del artículo 67 del Reglamento establece que cuando la Entidad decida cancelar, total o parcialmente un procedimiento de selección, por causal debidamente motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la Ley, se encontrará imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, incorporándose como **única excepción** cuando la causal de

cancelación sea la falta de presupuesto.

- 3.2 Cuando una Entidad decide cancelar, en el marco de lo previsto en la Ley y del Reglamento, un procedimiento de selección, queda imposibilitada de volver a convocar el mismo objeto contractual, salvo que la causa sea la falta de presupuesto. Ahora bien, la cancelación y sus efectos no impiden que la Entidad sustente y demuestre la existencia de una nueva necesidad en el mismo periodo fiscal, en cuyo caso podrá convocar la contratación del nuevo requerimiento, en tanto constituye un objeto contractual distinto.

Jesús María, 15 de septiembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.