Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3103-2023-TCE-S1

Sumilla: *"(…) la carta fianza presentada el 21 de junio de 2023, no es un documento idóneo para dar por cumplido el requisito de admisión exigido para la presentación del recurso (…)".*

Firmado digitalmente por ROJAS VILLAVICENCIO DE GUERRA Maria Del Guadalupe FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 21.07.2023 19:50:09 -05:00

Lima, 21 de julio de 2023.

VISTO en sesión del 21 de julio de 2023 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 7421/2023.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa LABMEDIC SAFE E.I.R.L., contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro, en el marco de la Licitación Pública N° 001-2023 – HNCH, llevada a cabo por el Hospital Cayetano Heredia, para la contratación de suministro de bienes: *"Adquisición de material médico para el departamento de farmacia del Hospital Nacional Cayetano Heredia por un periodo de doce (12) meses"*; y, atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de marzo de 2023, el Hospital Cayetano Heredia, en adelante la **Entidad**, convocó la Licitación Pública N° 001-2023 – HNCH, para la contratación de suministro de bienes: *"Adquisición de material médico para el departamento de farmacia del Hospital Nacional Cayetano Heredia por un periodo de doce (12) meses"*, con un valor estimado de S/ 2´805,000.00 (dos millones ochocientos cinco mil con 00/100 soles), en adelante el **procedimiento de selección**.

El **ítem N° 1,** corresponde a la *"Adquisición de mandil descartable no estéril talla M"*, por el valor estimado ascendente a S/ 1´275,000.00 (un millón doscientos setenta y cinco mil con 00/100 soles).

El **ítem N° 2**, corresponde a la *"Adquisición de mandil descartable no estéril talla L"* por el valor estimado ascendente a S/ 1´530,000.00 (un millón quinientos treinta mil con 00/100 soles).

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **la Ley,** y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF y el Decreto Supremo N° 162-2021-EF, en adelante **el Reglamento.**

Firmado digitalmente por CORTEZ TATAJE Juan Carlos FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 21.07.2023 19:46:50 -05:00

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3103-2023-TCE-S1

El 1 de junio de 2023, se llevó a cabo la presentación de ofertas de manera electrónica y, el 7 del mismo mes y año, se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro de los ítems N° 1 y N° 2, a la empresa L & M MEDICAL SUPPLIES SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, en adelante el **Adjudicatario**, por los montos de S/ 744,000.00 (setecientos cuarenta y cuatro mil con 00/100 soles) y S/ 964,800.00 (novecientos sesenta y cuatro mil ochocientos con 00/100 soles), respectivamente, en atención a los siguientes resultados:

Ítem N° 1:

Postor	Admisión	Precio ofertado (S/)	Puntaje	Resultado
L & M MEDICAL SUPPLIES S.A.C.	**SI**	**744,000.00**	**100**	**1°**
CORPORACIÓN VALTAKS S.C.R.L.	SI	855,000.00	87.02	2°
SANEX PERUANA S.A.C.	SI	1´044,000.00	71.26	3°
DROCSA E.I.R.L.	SI	1´125,000.00	66.13	4°
EROSMEDIC S.A.C.	NO	678,000.00	-	No admitido
CORPORACION JOLUCAVA SOCIEDAD ANONIMA CERRADA	NO	687,000.00	-	No admitido
GAESA TRADING S.A.C.	NO	688,500.00	-	No admitido
SERVICIOS GENERALES JR & CO E.I.R.L.	NO	717,000.00	-	No admitido
LABMEDIC SAFE E.I.R.L.	NO	746,400.00		No admitido
T&S SAC PROMOTORES PUBLICISTAS	NO	750,000.00	-	No admitido
CORPORACION BEE O S.A.C.	NO	762,000.00	-	No admitido
IGAN PERUANA S.A.	NO	840,000.00	-	No admitido
GG INGENIEROS E.I.R.L.	NO	855,000.00	-	No admitido
GRUPO D Y S S.R.L.	NO	930,000.00	-	No admitido
R.A. SUPPLY MEDICAL S.A.C.	NO	1´134.000.00	-	No admitido

Ítem N° 2:

Postor	Admisión	Precio ofertado (S/)	Puntaje	Resultado
L & M MEDICAL SUPPLIES S.A.C.	**SI**	**964,800.00**	**100**	**1°**
CORPORACIÓN VALTAKS S.C.R.L.	SI	1´026,000.00	94.04	2°
SANEX PERUANA S.A.C.	SI	1´252,800.00	77.01	3°
DROCSA E.I.R.L.	SI	1´350,000.00	71.47	4°
EROSMEDIC S.A.C.	NO	817,200.00	-	No admitido
CORPORACION JOLUCAVA SOCIEDAD ANONIMA CERRADA	NO	824,400.00	-	No admitido
GAESA TRADING S.A.C.	NO	826,920.00	-	No admitido
LABMEDIC SAFE E.I.R.L.	NO	895,680.00	-	No admitido
SERVICIOS GENERALES JR & CO E.I.R.L.	NO	903,600.00	-	No admitido
CORPORACION BEE O S.A.C.	NO	914,400.00	-	No admitido
T&S SAC PROMOTORES PUBLICISTAS	NO	972,000.00	-	No admitido
IGAN PERUANA S.A.	NO	1´008,000.00	-	No admitido

GG INGENIEROS E.I.R.L.	NO	1´044,000.00	-	No admitido
GRUPO D Y S S.R.L.	NO	1´044,000.00		No admitido
R.A. SUPPLY MEDICAL S.A.C.	NO	1´360,800.00		No admitido

2. Mediante Escrito N° 01, presentado el 19 de junio de 2023, subsanado el 21 del mismo mes y año con el Escrito N° 02, presentados en la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el **Tribunal**, la empresa LABMEDIC SAFE E.I.R.L., en adelante el **Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario, solicitando lo siguiente: i) se admita su oferta para los ítems N° 1 y N° 2; ii) se revoque el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario, respecto de los ítems N° 1 y N° 2; y, iii) se otorgue la buena pro a su favor, respecto de los ítems N° 1 y N° 2.

Para sustentar dichas pretensiones, el Impugnante formuló los argumentos que se resumen a continuación:

Respecto a la no admisión de su oferta

i. Indica que el comité de selección incurrió en un error al descalificar[1] su oferta, por cuanto cumple con lo previsto en las bases del procedimiento de selección.

ii. Refiere que se requirió, como documentos de presentación obligatoria, entre otros, el certificado de análisis del material médico (protocolo de análisis), el cual debe contar con la firma del o los profesionales responsables del control de calidad y el nombre del laboratorio fabricante que lo emite; además, deberá ser refrendado (nombre, firma y sello) por el director técnico responsable del postor, cuando sea un establecimiento farmacéutico.

iii. Al respecto, menciona que el comité de selección indica que la Directora Técnica, química farmacéutica Vanessa Becerra Suárez, que suscribe los certificados de análisis presentados para los ítems N° 1 y N° 2, no se encuentra registrada en la plataforma de DIGEMID; sin embargo, de la

[1] Cabe señalar que el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante refiere la descalificación de la oferta, según como lo menciona el comité de selección en el "Acta de otorgamiento de la buena pro"; sin embargo, los documentos observados fueron solicitados para la etapa de admisión de ofertas, por lo tanto en adelante, se usará el término correcto.

revisión de la página web de la mencionada institución, se advierte lo contrario.

iv. Otro aspecto observado por el comité, es que los documentos no cuentan con la firma del responsable de área de control de calidad; sin embargo, ello no tendría sustento, ya que su representada es una droguería y no un laboratorio, según la Resolución Directoral N° 459-2021-GR-CAJ-DIRESA/DIREMID-AL del 12 de octubre de 2021, de la Dirección Ejecutiva de Medicamentos, Insumos y Drogas del Gobierno Regional de Cajamarca; por lo tanto, no se encuentra obligada a contar con un especialista de calidad.

En esa línea, en la *Nota 1* [consignada en el literal e) del listado de documentos de presentación obligatoria], se menciona que la exigencia del certificado de análisis, será conforme a lo establecido en los artículos 124, 125, 126 y 127 del D.S. N° 016-2021-SA y modificatoria vigente.

v. En ese sentido, no hay motivo por el que sus ofertas no deban ser admitidas en los ítems N° 1 y N° 2, considerando que los protocolos de análisis presentados en su oferta sí contienen la firma de la directora técnica autorizada y registrada en DIGEMID, y no resulta necesaria la exigencia del responsable de calidad por ser una droguería; razón por la cual, es el director técnico quien asume la responsabilidad del cumplimiento de los requisitos de calidad de los productos que comercializan.

Agrega que, según el artículo 23 de la Ley N° 29459, Ley de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios, la droguería es un establecimiento farmacéutico que importa, comercializa, almacena y/o distribuye productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, por lo que el comité de selección debió realizar la evaluación integral de su oferta ciñéndose a lo previsto en la normativa mencionada.

vi. Menciona que son varios los postores que no fueron admitidos por el mismo motivo de su no admisión.

vii. Solicita tener en consideración la Resolución N° 1815-2019-TCE-S1.

3. Con Decreto del 23 de junio de 2023, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, notificado a través del Toma Razón Electrónico del SEACE el 27 del mismo mes y año. Asimismo, se corrió traslado a la Entidad para que, en un plazo de tres (3) días hábiles, registre en el SEACE o remita, de ser el caso, el informe técnico legal correspondiente en el que debía indicar su posición respecto de los argumentos del recurso de apelación.

Además, se dispuso notificar a través del SEACE, el recurso de apelación al postor o postores, distintos del Impugnante, que tengan interés legítimo en la resolución emitida por el Tribunal, otorgándoles un plazo máximo de tres (3) días hábiles, para que absuelvan el recurso.

4. Mediante Escrito N° 1, presentado el 4 de julio de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento, en calidad de tercero administrado, y absolvió el traslado del recurso de apelación, solicitando se declare improcedente o infundado, se confirme la no admisión de la oferta del Impugnante y se confirme el otorgamiento de la buena pro a su representada, por lo siguiente:

Respecto al recurso de apelación interpuesto por el Impugnante

i. Indica que el Impugnante presentó la garantía para la interposición del recurso de apelación en su escrito de subsanación del 21 de junio de 2023, razón por la cual, en caso de encontrarse algún defecto que la invalidara, el Tribunal debe declarar el recurso como no presentado, de acuerdo a lo establecido en el literal d) del artículo 122 del Reglamento.

ii. Señala que la carta fianza presentada por el Impugnante tiene por finalidad garantizar la interposición del recurso de apelación contra el acto de evaluación de ofertas y otorgamiento de la buena del procedimiento de selección; sin embargo, en los escritos del recurso de apelación se advierte que fue interpuesto contra la "no admisión de la oferta"; por lo tanto, la carta fianza no garantiza el recurso interpuesto.

Solicita tener en consideración el Oficio N° 5196-2011-SBS del 27 de enero de 2011, respecto al principio de literalidad aplicable al contenido de la carta fianza, y las Resoluciones N° 155-2023-TCE-S4 y N° 2055-2022-TCE-S1, en cuanto a la aplicación del principio de predictibilidad.

iii. Además, señala que, de la lectura de la carta fianza presentada por el Impugnante, tampoco se observa que ésta garantice el recurso de apelación contra la buena pro, en tanto que la fianza no señalaría literalmente ello, puesto que no menciona los términos o palabras claves como "la" o "pro", no pudiendo determinar de modo preciso lo que es objeto de cobertura; por lo que, la empresa emisora quedaría facultada a negarse a su ejecución.

Por lo tanto, precisa que debería considerarse como no válida la carta fianza y por no cumplido el requisito de admisibilidad que exige la normativa para la interposición del recurso impugnativo; aunado a ello, no es posible otorgarle otra oportunidad de subsanación al Impugnante, siendo de efecto inmediato del incumplimiento detectado, y que el recurso de apelación sea declarado no presentado.

iv. Por otro lado, considera que el recurso de apelación debe ser declarado improcedente, de acuerdo a lo establecido en el literal i) del numeral 123.1 del artículo 123 del Reglamento, pues existe una falta de conexión lógica entre su petitorio del otorgamiento de la buena pro y de los hechos que expone en sus escritos, sobre la revocación de la no admisión de su oferta.

Respecto a la oferta del Impugnante

v. Indica que los certificados de análisis presentados por el Impugnante debían incluir la firma del director técnico de la empresa postora, y la firma del o los profesionales responsables de control de calidad, esta última disposición debía ser cumplida así el emisor de los certificados de análisis haya sido el fabricante del producto o el postor.

Manifiesta que, a pesar que el Impugnante es una droguería, han presentado los certificados de análisis emitidos por su propia empresa, razón por la cual se infiere que cuenta con un área de laboratorio de control de calidad y por ende debió solicitar a DIGEMID la autorización sanitaria de funcionamiento, indicando el nombre y demás datos del profesional que se encargará del control de calidad (artículo 18 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos).

vi. El artículo 72 del Reglamento de establecimientos Farmacéuticos, menciona que la persona que se hace responsable del control de calidad del laboratorio de una droguería, como es el caso del Impugnante, no puede ser

el director técnico, por lo tanto, la persona que debió suscribir los certificados de análisis es el responsable o jefe de laboratorio de control de calidad, y no el representante legal, el señor Kimilsung Paredes Bazán, ni la directora técnica, la química farmacéutica Vanessa A. Becerra Suárez, como se aprecia de los documentos presentados.

vii. Otro aspecto que se debe considerar es que en los certificados de análisis del Impugnante, si bien en la parte inicial señalan como normas de referencia "Técnica propia/USP vigente", no se lograría identificar cuáles serían éstas, así como tampoco la monografía de la farmacopea de los Estados Unidos (USP) que utilizó para cada ensayo realizado.

En ese sentido, los certificados de análisis presentados por el Impugnante, tampoco cumplen con señalar con claridad y de manera expresa las normas técnicas nacionales, internacionales o propias a las que se acoge para la realización de los ensayos, que supuestamente demostrarían que los productos cumplen con las especificaciones técnicas solicitadas por la Entidad.

viii. Por otro lado, indica que el Impugnante no tiene autorización para fabricar ningún producto farmacéutico, dispositivo médico o producto sanitario; por lo tanto, se entiende que los productos que propone para los ítems N° 1 y N° 2, son fabricados por otra empresa nacional o extranjera.

ix. Por último, señala que para el requisito de admisión "Metodología de análisis", se indicó que cuando la metodología es propia del fabricante, el postor debe adjuntarla; además, cuando la técnica analítica no se encuentra en ninguna norma estándar nacional o extranjera, es el fabricante del producto el que desarrolla la metodología para la comprobación de las características del dispositivo médico.

Sin embargo, en el caso de la oferta del Impugnante, se verifica que pese a no ser el fabricante, emite una metodología de análisis en la que supuestamente desarrolla parte o todas las pruebas indicadas en el certificado de análisis.

x. Solicita al Tribunal que no considere valida la metodología de análisis supuestamente propia que obra a folios 11 y 14 de la oferta del Impugnante, ya que no ha sido emitida por el fabricante de los productos ofertados.

5. El 4 de julio 2023, la Entidad registró en el SEACE el Informe N° 774-2023-OAJ/HNCH, a través del cual expuso su posición frente a los argumentos del recurso impugnativo, señalando lo siguiente:

Respecto a la no admisión de la oferta del Impugnante

i. Señala que en las bases del procedimiento de selección se indicó que los postores debían presentar el certificado de análisis del material médico, el mismo que debe contener, entre otros aspectos, la firma del o los profesionales responsables de control de calidad.

ii. Asimismo, indica que, de conformidad al numeral 14 del Anexo N° 01 "Glosario de términos y definiciones del Reglamento para el Registro y Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos, Dispositivos médicos y Productos Sanitarios", aprobado mediante Decreto Supremos N° 016-2011-SA, el certificado de análisis es un informe técnico suscrito por el profesional responsable de control de calidad, en el que se señala los análisis realizados en todos sus componentes, los limites y los resultados obtenidos en dicho análisis; vale decir, a través de aquel se garantiza la calidad del producto o dispositivo.

iii. Agrega que en el proyecto de Ficha de Homologación elaborada por el Ministerio de Salud, se ha previsto que el mandil descartable no estéril se encuentra dentro del rubro de equipos que proporciona una barrera de protección (dispositivo médico no invasivo Clase I).

iv. Indica que la Resolución N° 068-2021-DIGEMID-DG-MINSA, aprueba el listado de dispositivos médicos para comercializar al usuario por las droguerías y laboratorios.

En ese sentido, los bienes "Mandil descartable no estéril", se encuentran dentro del rubro dispositivos médicos, más no dentro del rubro de productos farmacéuticos y productos sanitarios; por lo que el argumento del Impugnante no puede ser amparado, ratificándose la no admisión de su oferta.

v. Refiere que el Impugnante al no haber revertido su condición de no admitido, resultaría improcedente su cuestionamiento a la buena pro por

falta de interés para obrar, de conformidad con el artículo 123.2 del artículo 123 del Reglamento.

Respecto a la revocación de la buena pro del Adjudicatario

vi. Señala que la oferta presentada por el Adjudicatario cumple con todo lo solicitado en las bases integradas del procedimiento de selección; más aún al haber presentado el certificado de calidad, con la firma correspondiente del jefe de Control de Calidad.

En consecuencia, la pretensión formulada por el Impugnante resultaría improcedente, ya que, al no cumplir con el documento de admisibilidad solicitado, su oferta fue declarada no admitida.

Respecto al otorgamiento de la buena pro al Impugnante

vii. Refiere que el Impugnante no cumple con lo solicitado en las bases integradas.

viii. Indica que el Impugnante ocupó el sétimo lugar en el orden de prelación para el ítem 2, y el quinto lugar para el ítem 1; por ende, en caso el Tribunal resuelva a favor de la admisión de su oferta, aquel no podrá verse adjudicado con el otorgamiento de la buena pro, pues el orden de prelación no variará.

Por lo tanto, la solicitud de otorgamiento de la buena pro carecería de argumentos y de sustento técnico normativo para ser aceptada.

ix. Señala que para el comité de selección no corresponde amparar los argumentos expuestos por el Impugnante en su recurso de apelación, ya que no revierte su condición de no admitido, además de no haber cumplido con lo establecido en la normativa de contratación pública y los documentos de presentación obligatoria, como el certificado de análisis de material médico.

x. Concluye que, el comité de selección, en el marco de su autonomía y en aplicación del principio de legalidad previsto en el Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, y los principios de transparencia e igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley, absolvió los cuestionamientos formulados por el Impugnante.

6. Por Decreto del 6 de julio de 2023, se tuvo por apersonado al presente procedimiento al Adjudicatario, en calidad de tercero administrado, y por absuelto el traslado del recurso impugnativo.

7. Por Decreto del 6 de julio de 2023, se dispuso remitir el expediente a la Primera Sala para que resuelva, siendo recibido el 7 del mismo mes y año.

8. Con Decreto del 10 de julio de 2023, se programó audiencia pública para el 17 del mismo mes y año.

9. Mediante Escrito N° 2, presentado el 14 de julio de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario acreditó a sus representantes para el uso de la palabra.

10. El 17 de julio de 2023, se llevó a cabo la audiencia pública con la participación del Impugnante y el Adjudicatario.

11. El 17 de julio de 2023, se declaró el expediente listo para resolver.

12. Mediante Escrito N° 3, presentado el 20 de julio de 2023 ante el Tribunal, el Impugnante remitió sus alegatos finales, además de solicitar dos días hábiles para subsanar la carta fianza presentada.

13. Mediante Escrito N° 7, presentado el 21 de julio de 2023 ante el Tribunal, el Consorcio Adjudicatario remitió argumentos similares a los señalados en la absolución de su recurso.

14. Con Decreto del 21 de julio de 2023, se dejó a consideración de la sala lo remitido por el Impugnante en su Escrito N° 3.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Sobre la admisión del recurso de apelación.

1. De manera previa al análisis de la procedencia y la fijación de puntos controvertidos en el presente caso, corresponde que este Colegiado se pronuncie respecto de los hechos puestos en conocimiento por el Adjudicatario en la absolución del recurso de apelación, así como lo expuesto por las partes en el desarrollo de la audiencia pública realizada el 17 de julio de 2023, relacionado a

los cuestionamientos sobre el contenido de la carta fianza presentada por el Impugnante para la interposición del recurso de apelación, cuya observancia llevaría a la no admisión del recurso.

2. Al respecto, el Adjudicatario alega que la carta fianza fue presentada por el Impugnante el 21 de junio de 2023, a través de su escrito de subsanación del recurso de apelación, precisando que en la misma no se señala, literalmente, que se garantiza la interposición del recurso de apelación contra la no admisión de su oferta, así como tampoco contra la buena pro, pues, respecto de esto último, no incluyó los términos o palabras "la" y "pro". Para ello, solicita tener en cuenta el Oficio N° 5196-2011-SBS del 27 de enero de 2011.

Bajo tales circunstancias, sostiene que no se puede determinar, de modo preciso, el objeto de cobertura de la mencionada carta fianza, pudiendo la entidad financiera emisora negarse a su ejecución. Además, al ser ésta presentada como parte de la subsanación del recurso, considera que no cabe la posibilidad de otorgarle un plazo adicional para la presentación de una nueva garantía.

3. Al respecto, el representante del Impugnante, durante el desarrollo de la audiencia pública, así como en su escrito presentado el 20 de julio de 2023, señaló que la carta fianza presentada cumple con los requisitos establecidos en la normativa, y garantiza el recurso de apelación contra el acto de la evaluación de ofertas; además, manifestó que su recurso ya fue admitido.

4. Sobre el particular, de la revisión del expediente administrativo se aprecia que, a través del Escrito N° 2, presentado el 21 de junio de 2022 en la Mesa de Partes del Tribunal, a fin de subsanar la observación formulada el 19 del mismo mes y año, el Impugnante presentó la Carta Fianza N° D193-02454134 del 20 de junio de 2023, emitida por el Banco de Crédito del Perú, la cual se reproduce en su integridad:



Carta Fianza
Nº 1059758

BCP
RUC 20100047218

D193-02454134

SAN ISIDRO, 20 de Junio de 2023

Señores
ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE

Muy señores nuestros:

A solicitud y/o por cuenta de nuestro afianzado:
LABMEDIC SAFE EIRL

Prestamos en favor de ustedes, fianza solidaria, sin beneficio de excusión, irrevocable e incondicionada, hasta por la suma de:
OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y 00/100 SOLES
(S/ 84,150.00) y por un plazo que vencerá el 19 de Agosto de 2023, a fin de garantizar:

INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION CONTRA EL ACTO DE EVALUACION DE OFERTAS Y OTORGAMIENTO DE BUENA DE LA LICITACION PUBLICA N° 001-2023-HNCH "ADQUISICION DE MATERIAL MEDICO PARA EL DEPARTAMENTO DE FARMACIA DEL HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA POR UN PERIODO DE DOCE (12) MESES" RESPECTO DE LOS ITEMS N° 1 Y N° 2.

Queda entendido que esta fianza no podrá exceder, por ningún concepto y en ningún caso, el importe arriba expresado y su realización será automática, por el sólo mérito de su requerimiento de pago, y/o la indicación o su solo dicho de que la obligación garantizada ha sido incumplida, siempre que dentro de su vigencia y hasta el decimoquinto día calendario posterior a su vencimiento nos sea requerido su pago, necesariamente por conducto notarial, en la dirección abajo indicada, y dentro del horario de atención al público que el Banco tenga establecido en dicha oficina, señalando obligatoriamente el monto a pagar. De no señalarse dicho monto, se entenderá que el requerimiento es por la suma total. En caso de ejecutarse por monto menor a su importe antes señalado, se entenderá que Ustedes renuncian a todo pago mayor, no admitiéndose nuevos requerimientos de pago, aún cuando el plazo de vencimiento y/o de ejecución de esta fianza no hubieren vencido.

El pago será efectuado mediante cheque de gerencia emitido a la orden del beneficiario que el banco pondrá a su disposición en el domicilio abajo indicado, el mismo que se entregará contra devolución del original de la presente carta fianza o de su última prórroga, en su caso.

De haberse otorgado la presente fianza a favor de más de un beneficiario, facultados a ejecutarla indistintamente, los términos del requerimiento de pago o prórroga recibido en primer lugar de uno de los beneficiarios, primarán sobre los posteriores que dirijan los demás beneficiarios y que tengan distinto alcance o condición.

La presente fianza no surtirá efecto alguno respecto a terceros distintos al beneficiario en cuyo favor se haya expedido; salvo que la cesión de la acreencia a la que esta fianza garantiza haya sido comunicada al Banco y éste haya aceptado expresamente mediante documento escrito prestar su fianza a favor del nuevo acreedor. Del mismo modo, la presente fianza no surtirá ningún efecto, si la acreencia garantizada resultase ser un contrato de mutuo dinerario y el acreedor no fuese una empresa del sistema financiero nacional, o un banco o financiera del exterior.

CARTA FIANZA BANCO
7011 (verfija 29.11.06)-Servicio all (normal)

5. Nótese que, si bien la garantía ha sido presentada **para el recurso de apelación formulado por el Impugnante**, en dicho documento se incorpora una indicación general que señala que el recurso es contra ***"el acto de evaluación de ofertas"***, indicación que no permite determinar si se hace referencia a toda la evaluación llevada a cabo por el comité de selección, o respecto de la decisión de no admitir su oferta. Además, tampoco resulta claro si se hace referencia a la pretensión de obtener la buena pro, pues en la descripción sólo se indica *"Otorgamiento* ***de***

buena *de la licitación (…)".* Téngase en cuenta que la descripción incorporada en la carta fianza difiere de las pretensiones expresamente señaladas en el recurso de apelación, pues a través de ellas se solicita que: i) se admita su oferta para los ítems N° 1 y N° 2; ii) se revoque el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario, respecto de los ítems N° 1 y N° 2; y, iii) se otorgue la buena pro a su favor, respecto de los ítems N° 1 y N° 2.

Ante esta situación, cabe traer a colación lo señalado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, la SBS), a través del Oficio N° 5196-2011-SBS[2] del 27 de enero de 2011, emitido en virtud de una consulta formulada por el OSCE, conforme a lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Es pertinente indicar que en la medida que la carta fianza se deriva de una relación jurídica principal (beneficiario – cliente), los términos en los cuales deberá emitirse tal garantía fluyen del mismo contrato principal, por lo que estos deben ser comunicados a la entidad emisora. La carta fianza es una operación* ***eminentemente formal*** *y se rige por el* ***principio de literalidad****, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación (carta fianza).*
>
> *(…)".*
>
> (El subrayado y el resaltado con agregados).

Por lo tanto, al regirse por el principio de literalidad, la incorporación efectuada a la Carta Fianza N° D193-02454134 del 20 de junio de 2023, respecto de lo que se pretende con el recurso de apelación, hacen que su contenido difiera de las pretensiones expuestas por el Impugnante a través de su recurso, situación que, a consideración de este colegiado, no asegure el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad financiera en el caso que la carta fianza deba ser ejecutada, por lo tanto, la misma no resulta idónea para dar cumplimiento al requisito de admisión del recurso de apelación.

[2] Citado en la Opinión N° 003-2014/DTN.

6. Ahora bien, también resulta necesario analizar si es posible disponer la subsanación de la observación identificada por este colegiado. Al respecto, cabe señalar que de la revisión del *toma razón* del presente expediente, se aprecia que **el recurso de apelación fue presentado el 19 de junio de 2023**, realizándose un control de requisitos de admisibilidad, determinándose que el Impugnante **no cumplió**, entre otros, **con adjuntar la constancia de pago de la garantía**; razón por la cual, se le otorgó el plazo de dos (2) días para que subsane dicha observación, conforme se dispone en el literal c) del artículo 122 del Reglamento. En tal sentido, el Impugnante debía presentar la garantía de manera correcta, ya que, ante cualquier error, no era posible una nueva subsanación, pues esta oportunidad ya le había sido otorgada.

Asimismo, se advierte que, en la *Hoja de control de requisitos,* se consigna expresamente que la subsanación de observaciones se presentará por escrito dentro de dos (2) días hábiles de haber tomado conocimiento de éstas, en caso contrario, se considerará el recurso como *NO PRESENTADO.*

7. Como se aprecia, queda claro que, al momento en que fue presentado en la Mesa de Partes del Tribunal, el 19 de junio de 2023, **el recurso de apelación fue observado**, comunicándose de manera clara y precisa al apelante que dicha observación consistía, entre otros, en la omisión de la garantía por la interposición del recurso, y que contaba con dos (2) días hábiles para su subsanación. Además, **se señaló que, en caso de incumplimiento, el recurso se consideraría como "no presentado"**.

8. Por tanto, considerando que la carta fianza presentada el 21 de junio de 2023, no es un documento idóneo para dar por cumplido el requisito de admisión exigido para la presentación del recurso, y considerando que el mismo fue presentado con motivo de la subsanación de lo observado por la Mesa de Partes del Tribunal, corresponde que el recurso se declare como "no presentado".

9. Respecto a lo alegado por el Impugnante en el sentido que el recurso de apelación ha sido admitido; a consideración de este colegiado, dicho acto no puede ser validado, más cuando se advierte que la garantía presentada no asegura el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad financiera en el caso que la carta fianza deba ser ejecutada.

10. Sobre ello, es importante considerar que en el Comunicado publicado el 23 de noviembre de 2020, en la página web del OSCE[3], se establecieron algunas condiciones a tomar en cuenta por los postores que presenten recursos impugnativos ante el Tribunal:

> ◦ Debe mostrar perfecta asociación entre la garantía otorgada y el recurso que interpone el administrado.
>
> | **APELACIÓN/REVISIÓN** |
>
> *"La Carta Fianza será para garantizar EL RECURSO DE APELACIÓN/REVISIÓN CONTRA EL OTORGAMIENTO DE BUENA PRO/RESOLUCIÓN Nº... EN EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN..... (CP, LP, AS, SIE, etc.) Nº... (detalle del procedimiento de selección) RESPECTO DE LOS ITEMS Nº... (Si el procedimiento fuera por ítems) HASTA POR LA SUMA DE... (Asimismo, se deberá especificar el monto garantizado por cada ítem)".*

Nótese que en dicho comunicado se resalta las cartas fianza **deben mostrar perfecta asociación** entre la garantía otorgada y el recurso que interpone el administrado.

11. Ahora bien, conforme a lo previsto en el Reglamento, se tiene que el análisis de los requisitos de admisibilidad del recurso, en este caso, por parte de la Mesa de Partes del Tribunal, **se realiza en un solo acto al momento de la presentación del recurso**, en cuya oportunidad se notifican las observaciones y se otorga al administrado el plazo correspondiente de dos (2) días hábiles para la subsanación, en caso de identificar la omisión de alguno de los requisitos.

12. Por otro lado, cabe resaltar que el segundo párrafo del literal d) del artículo 122 del Reglamento, establece que el Presidente del Tribunal otorgará un plazo máximo de subsanación de dos (2) días hábiles, pero respecto de aquellos requisitos que hayan sido omitidos **durante la presentación del recurso**, y que, en esa oportunidad, no fuera advertida por quien evaluó el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad. Por consiguiente, la normativa referida dispone la posibilidad de sanear la omisión respecto del cumplimiento de requisitos de admisibilidad, **siempre que el Tribunal reconozca que al momento de presentarse el recurso dicha omisión no fue advertida**, a efectos de brindarle el plazo de

[3] https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/315804-garantias-ante-el-tribunal-de-contrataciones-del-estado

subsanación que en su oportunidad debió otorgarle; caso distinto al ocurrido pues la carta fianza con los defectos señalados fue presentada en la etapa de subsanación de los requisitos y no al presentar el recurso de apelación..

13. Al respecto, se verifica que el Impugnante no cumplió con subsanar la garantía por la interposición del recurso, en el plazo otorgado por la Mesa de Partes del Tribunal (esto es hasta el 19 de junio de 2023) cumpliendo con las exigencias previstas en la normativa; y en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del literal d) del artículo 122 del Reglamento, corresponde **declarar el recurso de apelación del Impugnante como no presentado, sin necesidad de emitir pronunciamiento alguno sobre el fondo**, así como poner a disposición del apelante los recaudos, a efectos de que los recabe en la Mesa de Partes del Tribunal.

14. Asimismo, por las particulares del caso, corresponde hacer de conocimiento la presente resolución a la Presidencia del Tribunal, a afectos que adopte las acciones que correspondan en el marco de sus competencias.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del vocal ponente Juan Carlos Cortez Tataje, y la intervención de los vocales Víctor Manuel Villanueva Sandoval y María del Guadalupe Rojas Villavicencio de Guerra y, atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 091-2021-OSCE/PRE del 10 de junio de 2021, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 50 y 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente a partir del 14 de marzo de 2019, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por mayoría;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **no presentado** el recurso de apelación interpuesto por la empresa LABMEDIC SAFE E.I.R.L, en el marco de la Licitación Pública N° 001-2023 – HNCH, convocada por el Hospital Cayetano Heredia, para la contratación de suministro de bienes: *"Adquisición de material médico para el departamento de farmacia del Hospital Nacional Cayetano Heredia por un periodo de doce (12) meses"*, por los fundamentos expuestos.

2. Se dispone poner a disposición del Impugnante los recaudos, a efectos de que los recabe en la Mesa de Partes del Tribunal, el cual incluye la devolución de la garantía que fuera presentada.

3. Poner la presente resolución en conocimiento de la Presidencia del Tribunal.

4. Declarar que la presente resolución agota la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS
CORTEZ TATAJE
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

ss.
Villanueva Sandoval.
Rojas Villavicencio.
Cortez Tataje.

Firmado digitalmente por ROJAS VILLAVICENCIO DE GUERRA Maria Del Guadalupe FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 21.07.2023 19:51:05 -05:00

Resolución Nº 3103-2023-TCE-S1

VOTO SINGULAR DE LA VOCAL MARÍA DEL GUADALUPE ROJAS VILLAVICENCIO

La suscrita, si bien comparte las conclusiones respecto a declarar no presentado el recurso de apelación, discrepa respetuosamente con el motivo por el que se llega a dicha conclusión, por las siguientes razones

Sobre la admisión del recurso de apelación.

15. De manera previa al análisis de la procedencia y la fijación de puntos controvertidos en el presente caso, corresponde que este Colegiado se pronuncie respecto de los hechos puestos en conocimiento por el Adjudicatario en la absolución del recurso de apelación, así como lo expuesto por las partes en el desarrollo de la audiencia pública realizada el 17 de julio de 2023, relacionado a los cuestionamientos sobre el contenido de la carta fianza presentada por el Impugnante para la interposición del recurso de apelación, cuya observancia llevaría a la no admisión del recurso.

16. Al respecto, el Adjudicatario alega que la carta fianza fue presentada por el Impugnante el 21 de junio de 2023, a través de su escrito de subsanación del recurso de apelación, precisando que en la misma no se señala, literalmente, que se garantiza la interposición del recurso de apelación contra la no admisión de su oferta, así como tampoco contra la buena pro, pues, respecto de esto último, no incluyó los términos o palabras “la” y “pro”. Para ello, solicita tener en cuenta el Oficio N° 5196-2011-SBS del 27 de enero de 2011.

Bajo tales circunstancias, sostiene que no se puede determinar, de modo preciso, el objeto de cobertura de la mencionada carta fianza, pudiendo la entidad financiera emisora negarse a su ejecución. Además, al ser ésta presentada como parte de la subsanación del recurso, considera que no cabe la posibilidad de otorgarle un plazo adicional para la presentación de una nueva garantía.

17. Al respecto, el representante del Impugnante, durante el desarrollo de la audiencia pública, señaló que la carta fianza presentada cumple con los requisitos establecidos en la normativa, y garantiza el recurso de apelación contra el acto de la evaluación de ofertas; además, manifestó que su recurso ya fue admitido.

18. Sobre el particular, de la revisión del expediente administrativo se aprecia que, a través del Escrito N° 2, presentado el 21 de junio de 2022 en la Mesa de Partes del Tribunal, a fin de subsanar la observación formulada el 19 del mismo mes y año,

el Impugnante presentó la Carta Fianza N° D193-02454134 del 20 de junio de 2023, emitida por el Banco de Crédito del Perú, la cual se reproduce en su integridad:



Carta Fianza
AV 1059758

BCP
RUC 20100047218

D193-02454134

SAN ISIDRO, 20 de Junio de 2023

Señores
ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE

Muy señores nuestros:

A solicitud y/o por cuenta de nuestro afianzado:
LABMEDIC SAFE EIRL

Prestamos en favor de ustedes, fianza solidaria, sin beneficio de excusión, irrevocable e incondicionada, hasta por la suma de:
OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y 00/100 SOLES
(S/ 84,150.00) y por un plazo que vencerá el 19 de Agosto de 2023, a fin de garantizar:

INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION CONTRA EL ACTO DE EVALUACION DE OFERTAS Y OTORGAMIENTO DE BUENA DE LA LICITACION PUBLICA N° 001-2023-HNCH "ADQUISICION DE MATERIAL MEDICO PARA EL DEPARTAMENTO DE FARMACIA DEL HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA POR UN PERIODO DE DOCE (12) MESES" RESPECTO DE LOS ITEMS N° 1 Y N° 2.

Queda entendido que esta fianza no podrá exceder, por ningún concepto y en ningún caso, el importe arriba expresado y su realización será automática, por el sólo mérito de su requerimiento de pago, y/o la indicación o su solo dicho de que la obligación garantizada ha sido incumplida, siempre que dentro de su vigencia y hasta el decimoquinto día calendario posterior a su vencimiento nos sea requerido su pago, necesariamente por conducto notarial, en la dirección abajo indicada, y dentro del horario de atención al público que el Banco tenga establecido en dicha oficina, señalando obligatoriamente el monto a pagar. De no señalarse dicho monto, se entenderá que el requerimiento es por la suma total. En caso de ejecutarse por monto menor a su importe antes señalado, se entenderá que Ustedes renuncian a todo pago mayor, no admitiéndose nuevos requerimientos de pago, aún cuando el plazo de vencimiento y/o de ejecución de esta fianza no hubieren vencido.

El pago será efectuado mediante cheque de gerencia emitido a la orden del beneficiario que el banco pondrá a su disposición en el domicilio abajo indicado, el mismo que se entregará contra devolución del original de la presente carta fianza o de su última prórroga, en su caso.

De haberse otorgado la presente fianza a favor de más de un beneficiario, facultados a ejecutarla indistintamente, los términos del requerimiento de pago o prórroga recibido en primer lugar de uno de los beneficiarios, primarán sobre los posteriores que dirijan los demás beneficiarios y que tengan distinto alcance o condición.

La presente fianza no surtirá efecto alguno respecto a terceros distintos al beneficiario en cuyo favor se haya expedido; salvo que la cesión de la acreencia a la que esta fianza garantiza haya sido comunicada al Banco y éste haya aceptado expresamente mediante documento escrito prestar su fianza a favor del nuevo acreedor. Del mismo modo, la presente fianza no surtirá ningún efecto, si la acreencia garantizada resultase ser un contrato de mutuo dinerario y el acreedor no fuese una empresa del sistema financiero nacional, o un banco o financiera del exterior.

CARTA FIANZA BANCO
7011 (versión 29.11.06) - Servicio de Normas

19. Nótese que, si bien la carta fianza ha sido presentada **para garantizar el recurso de apelación formulado por el Impugnante**, de la literalidad de la misma, no resulta clara la referencia, pues en la descripción sólo se indica *"Otorgamiento **de***

buena *de la licitación (…)"*, en lugar de, contra el *"Otorgamiento de* ***la buena pro*** *de la Licitación Pública N° 001-2023-HNCH (…)*".

Ante esta situación, cabe traer a colación lo señalado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, la SBS), a través del Oficio N° 5196-2011-SBS[4] del 27 de enero de 2011, emitido en virtud de una consulta formulada por el OSCE, conforme a lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Es pertinente indicar que en la medida que la carta fianza se deriva de una relación jurídica principal (beneficiario – cliente), los términos en los cuales deberá emitirse tal garantía fluyen del mismo contrato principal, por lo que estos deben ser comunicados a la entidad emisora. La carta fianza es una operación* ***eminentemente formal*** *y se rige por el* ***principio de literalidad****, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación (carta fianza).*
>
> *(…)".*
>
> (El subrayado y el resaltado con agregados).

Por lo tanto, al regirse por el principio de literalidad, de lo consignado en la Carta Fianza N° D193-02454134 del 20 de junio de 2023, no es posible recurrir a interpretaciones con el objeto de determinar el real alcance de la información contenida en la misma, siendo que las obligaciones de la entidad emisora (en este caso del banco) se deben desprender de su propio texto.

20. Ahora bien, también resulta necesario analizar si es posible disponer la subsanación de la observación identificada por este colegiado. Al respecto, cabe señalar que de la revisión del *toma razón* del presente expediente, se aprecia que **el recurso de apelación fue presentado el 19 de junio de 2023**, realizándose un control de requisitos de admisibilidad, determinándose que el Impugnante **no cumplió**, entre otros, **con adjuntar la constancia de pago de la garantía**; razón por la cual, se le otorgó el plazo de dos (2) días para que subsane dicha observación, conforme se dispone en el literal c) del artículo 122 del Reglamento. En tal sentido,

[4] Citado en la Opinión N° 003-2014/DTN.

el Impugnante debía presentar la garantía de manera correcta, ya que, ante cualquier error, no era posible una nueva subsanación, pues esta oportunidad ya le había sido otorgada.

Asimismo, se advierte que, en la *Hoja de control de requisitos,* se consigna expresamente que la subsanación de observaciones se presentará por escrito dentro de dos (2) días hábiles de haber tomado conocimiento de éstas; en caso contrario, se considerará el recurso como *NO PRESENTADO.*

21. Como se aprecia, queda claro que, al momento en que fue presentado en la Mesa de Partes del Tribunal, el 19 de junio de 2023, **el recurso de apelación fue observado**, comunicándose de manera clara y precisa al apelante que dicha observación consistía, entre otros, en la omisión de la garantía por la interposición del recurso, y que contaba con dos (2) días hábiles para su subsanación. Además, **se señaló que, en caso de incumplimiento, el recurso se consideraría como "no presentado"**.

22. Por tanto, considerando que la carta fianza presentada el 21 de junio de 2023, no es un documento idóneo para dar por cumplido el requisito de admisión exigido para la presentación del recurso y, considerando que el mismo fue presentado con motivo de la subsanación de lo observado por la Mesa de Partes del Tribunal, corresponde que el recurso se declare como "no presentado".

23. Respecto a lo alegado por el Impugnante en el sentido que el recurso de apelación ha sido admitido; a consideración de este colegiado, dicho acto no puede ser validado, más cuando se advierte que la garantía presentada no asegura el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad financiera en el caso que la carta fianza deba ser ejecutada.

24. Sobre ello, es importante considerar que en el Comunicado publicado el 23 de noviembre de 2020, en la página web del OSCE[5], se establecieron algunas condiciones a tomar en cuenta por los postores que presenten recursos impugnativos ante el Tribunal:

[5] https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/315804-garantias-ante-el-tribunal-de-contrataciones-del-estado

> ◦ Debe mostrar perfecta asociación entre la garantía otorgada y el recurso que interpone el administrado.
>
> | **APELACIÓN/REVISIÓN** |
>
> *"La Carta Fianza será para garantizar EL RECURSO DE APELACIÓN/REVISIÓN CONTRA EL OTORGAMIENTO DE BUENA PRO/RESOLUCIÓN Nº... EN EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN..... (CP, LP, AS, SIE, etc.) Nº... (detalle del procedimiento de selección) RESPECTO DE LOS ITEMS Nº... (Si el procedimiento fuera por ítems) HASTA POR LA SUMA DE... (Asimismo, se deberá especificar el monto garantizado por cada ítem)".*

Nótese que en dicho comunicado se resalta que las cartas fianza **deben ser emitidas**, indicando, expresamente, que el recurso de apelación es interpuesto contra el otorgamiento de la **buena pro en un determinado procedimiento de selección**.

25. Ahora bien, conforme a lo previsto en el Reglamento, se tiene que el análisis de los requisitos de admisibilidad del recurso, en este caso, por parte de la Mesa de Partes del Tribunal, **se realiza en un solo acto al momento de la presentación del recurso**, en cuya oportunidad se notifican las observaciones y se otorga al administrado el plazo correspondiente de dos (2) días hábiles para la subsanación, en caso de identificar la omisión de alguno de los requisitos.

26. Por otro lado, cabe resaltar que el segundo párrafo del literal d) del artículo 122 del Reglamento, establece que el Presidente del Tribunal otorgará un plazo máximo de subsanación de dos (2) días hábiles, pero respecto de aquellos requisitos que hayan sido omitidos **durante la presentación del recurso**, y que, en esa oportunidad, no fuera advertida por quien evaluó el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad. Por consiguiente, la normativa referida dispone la posibilidad de sanear la omisión respecto del cumplimiento de requisitos de admisibilidad, **siempre que el Tribunal reconozca que al momento de presentarse el recurso dicha omisión no fue advertida**, a efectos de brindarle el plazo de subsanación que en su oportunidad debió otorgarle; caso distinto al ocurrido pues la carta fianza con los defectos señalados fue presentada en la etapa de subsanación de los requisitos y no al presentar el recurso de apelación..

27. Al respecto, se verifica que el Impugnante no cumplió con subsanar la garantía por la interposición del recurso, en el plazo otorgado por la Mesa de Partes del Tribunal (esto es hasta el 19 de junio de 2023) cumpliendo con las exigencias previstas en la normativa; y en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del literal d) del artículo 122 del Reglamento, corresponde **declarar el recurso de apelación del Impugnante como no presentado, sin necesidad de emitir pronunciamiento alguno sobre el fondo**, así como poner a disposición del apelante los recaudos, a efectos de que los recabe en la Mesa de Partes del Tribunal.

Asimismo, por las particulares del caso, corresponde hacer de conocimiento la presente resolución a la Presidencia del Tribunal, a afectos que adopte las acciones que correspondan en el marco de sus competencias.

MARÍA DEL GUADALUPE
ROJAS VILLAVICENCIO
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

SS.
Rojas Villavicencio.

VOTO EN DISCORDIA DEL VOCAL VÍCTOR VILLANUEVA SANDOVAL

Firmado digitalmente por VILLANUEVA SANDOVAL Victor Manuel FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 21.07.2023 20:17:42 -05:00

El suscrito discrepa respetuosamente de la posición expresada en el voto en mayoría, por las siguientes razones:

1. El artículo 122 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, regula, entre otros, los siguientes escenarios que pueden presentarse con la interposición de un recurso de apelación:

   - La presentación incompleta del recurso de apelación, sin cumplir con alguno de los requisitos de admisibilidad previstos en los literales b), d), e), f) y g), en cuyo caso se otorga al Impugnante el plazo de dos (2) días hábiles para subsanar el recurso (literales c) y d) del artículo 122 del Reglamento)

   - La presentación incompleta del recurso de apelación, que no fue advertida por la mesa de partes del Tribunal al realizar el examen de admisibilidad. En dicho escenario, corresponde al Presidente del Tribunal conceder un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de las observaciones para la subsanación respectiva (literal d) del artículo 122 del Reglamento).

2. Ahora bien, en opinión del suscrito, el referido artículo no regula un tercer escenario: que la mesa de partes del Tribunal observe el cumplimiento de un requisito, que éste sea objeto de subsanación de modo deficiente por el Impugnante, y que la mesa de partes (en vez de considerar no presentado el recurso) lo acepte sin percatarse del defecto.

3. Cabe reiterar que, en este último escenario, lo normal hubiese sido que la mesa de partes, al advertir el error en el documento presentado en vía de subsanación, considere no subsanado el recurso y, por ende, no presentado. Sin embargo, al no hacerlo, el recurso ingresa al Tribunal, pasa a la Sala respectiva, se efectúan los requerimientos, diligencias y trámites respectivos, generándose una legítima expectativa al Impugnante, de obtener un pronunciamiento de fondo sobre sus cuestionamientos.

4. Precisamente, dicha situación ocurrió en el presente caso, pues el Impugnante, al habérsele observado la no presentación de la garantía por la interposición del recurso, subsanó adjuntando una carta fianza que poseía un error, al indicar que se emitía en garantía de *"Otorgamiento de **buena** de la licitación (…)".*

5. Por tal razón, ante la falta de regulación clara en la normativa, el suscrito considera que la solución que debe adoptar el Tribunal no pasa por, recién ahora, considerar "no presentado el recurso", pues dicha decisión no considera los siguientes aspectos:

   - Desconoce todos los actos generados en el Tribunal respecto de dicho procedimiento y, por ende, la predictibilidad y confianza legítima.

   - Desconoce la aplicación del literal d) del artículo 122 del Reglamento que otorga la potestad a la Presidencia del Tribunal de requerir la subsanación del recurso al Impugnante, cuando la mesa de partes no advirtió el defecto.

   - Desconoce el artículo 128 del Reglamento que prescribe las formas en que el Tribunal puede resolver el recurso de apelación, lo cual no incluye declarar "no presentado" un recurso.

6. Por lo tanto, consideramos que declarar "no presentado" el recurso, en esta instancia y oportunidad, desconoce las legítimas expectativas generadas al Impugnante, ante la omisión de observar el recurso por la mesa de partes del Tribunal.

   Vale decir, el error de la administración en su oportunidad (no advertir los defectos en la garantía presentada), no puede superarse rechazando ahora el recurso, generando un perjuicio al Impugnante, quien no obtendrá un pronunciamiento de fondo sobre los asuntos cuestionados.

7. Por ello, a efectos de dar solución a la cuestión planteada, el suscrito considera que es de aplicación, además del literal d) del artículo 122 del Reglamento, el principio de informalismo, previsto en el numeral 1.6 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, en virtud del cual "las normas procedimentales deben ser interpretadas de la forma más favorable a la tramitación de las pretensiones del administrado y a la decisión final de la autoridad administrativa".

8. En el presente caso, el voto en mayoría, al interpretar lo dispuesto en el literal d) del artículo 122 del Reglamento, adopta el escenario más gravoso para el Impugnante, al declarar como no presentado su recurso y no permitirle obtener un pronunciamiento sobre los aspectos cuestionados.

9. Ello sin dejar de resaltar que la decisión de no admitir el recurso, en el presente caso, la adopta una Sala del Tribunal, cuando la competencia sobre la admisibilidad del recurso y, en su caso, sobre la potestad establecida en el literal d) del artículo 122 del Reglamento, la tiene la mesa de partes y la Presidencia del Tribunal, respectivamente.

10. Finalmente, es preciso mencionar que la posición que el suscrito esboza sobre la aplicación del literal d) del artículo 122 del Reglamento, ya ha sido expresada en reiteradas oportunidades por la Presidencia del Tribunal, al dar trámite recursos de apelación, en los que se presentaron situaciones parecidas. Así, a modo de ejemplo puede citarse lo decidido por la Presidencia del Tribunal en los siguientes expedientes:

    - Expediente 1004-2020-TCE - Resolución Nº 1556-2020-TCE-S4
    - Expediente 0359-2021-TCE - Resolución Nº 0501-2021-TCE-S1
    - Expediente 1326-2021-TCE - Resolución Nº 0975-2021-TCE-S2

    Por ello, realizar una interpretación distinta a la ya realizada anteriormente, pasa por gestionar la emisión de un Acuerdo de Sala Plena, en el cual se varíe y establezca la posición que en el futuro adoptarán las salas del Tribunal ante casos similares, pero no hacerlo solo en atención a un caso particular, como ocurre ahora.

11. En conclusión, el suscrito considera que, en el presente caso, no corresponde declarar “no presentado” el recurso; por el contrario, en aplicación del literal d) del artículo 122 del Reglamento, corresponde la devolución del expediente a la Secretaría, a efectos que se requiera al Impugnante la subsanación del error en la garantía, no advertido en su oportunidad por la mesa de partes.

VÍCTOR MANUEL
VILLANUEVA SANDOVAL
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

ss.
Villanueva Sandoval.