

ENFOQUE CONTRACTUAL DE LA SUBASTA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONCURSOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Daniel Echaiz Moreno*

RESUMEN:

La Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A., después de convocar a un proceso de adjudicación de menor cuantía para la contratación de una empresa que brinde el servicio de salvamento y extinción de incendios en los Aeropuertos de Provincia a nivel Nacional, administrados por dicha entidad. La empresa SUISEGUR gana el concurso, por lo que la Corporación, CORPAC le otorga un término prudencial para la remisión de los documentos, SUISEGUR; solicita una ampliación de cinco días hábiles para la entrega y recepción de los documentos, el cual fue concedido por CORPAC. Al cabo de este nuevo

-
- Fundador y Presidente de Echaiz Group con sus divisiones Echaiz Estudio de Abogados, Echaiz Consulting y Echaiz Instituto de Empresa Familiar (Lima diciembre 2005 a la fecha).
 - Asesor académico de la Escuela Superior de Derecho, Empresa de Lima (Lima, noviembre 2004 a octubre 2005)
 - Miembro del staff de árbitros del Centro de conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud –SEPS (Lima, enero 2003 a la fecha).
 - Asistente Legal del Estudio Echaiz Abogados (Lima, noviembre 1997 a diciembre 1998).
 - Catedrático de Razonamiento Jurídico en el Programa de Formación de Aspirantes (PROFA) (Lima, noviembre del 2005)
 - Catedrático visitante de Derecho Procesal Comercial en la Maestría de Derecho Procesal (Arequipa, octubre a noviembre de 2005).
 - Catedrático de Derecho Financiero (Lima, agosto a diciembre 2005)
 - Catedrático de Derecho de la Empresa (Lima, agosto a diciembre de 2005)
 - Catedrático de Derecho Tributario II, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Lima, marzo 2002 a diciembre de 2003).
 - Asistente de Cátedra de Derecho Civil V (familia) en la Facultad de Derecho (Lima, marzo a Julio de 1999) a cargo del Dr. Enrique Varsi Rospigliosi.
 - Email: daneil@echaiz.com
 - Pagina Web: www.echaiz.com

plazo, SUISEGUR vuelve a solicitar una ampliación; CORPAC guardó silencio. Así empieza el análisis Jurisprudencial de la esta Resolución, donde más adelante se verá su estudio.

PALABRAS CLAVES:

Contrato; Adjudicación; Concurso Público; Postor; Responsabilidad administrativa; Autonomía de la Voluntad; Exención de Responsabilidad; Entidades Financieras.

SUMARIO:

I.- Resolución N° 203-2010-TC-S1; II.- Antecedentes; III.-Fundamentación; IV.-La Sala Resuelve; V.- Análisis y Crítica Jurisprudencial; V.1.- El Caso; V.2.- Los Temas por Desarrollar; V.3.- La Autonomía de la Voluntad; V.4.- La Subasta; V.5.- El Concurso en las Contrataciones Públicas; V.6.- Opinión sobre la Resolución.-

I. Resolución N° 203-2010-TC-S1.-

Lima, 29 de enero del 2010.

Visto: En sesión de fecha 29 de Enero de 2010 la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 2095.2009.TC, sobre el procedimiento de aplicación de sanción a la empresa SUISEGUR S.A.C. por supuesta responsabilidad al no haber suscrito injustificadamente el contrato y presentar documentos falsos o inexactos durante la Adjudicación de Menor Cuantía N° 414-2009-CORPAC-S.A, convocada por la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC), para la contratación de una empresa que brinde el servicio de salvamento y extinción de incendios en los Aeropuertos de Provincia a nivel Nacional, administrados por la Entidad; y atendiendo a los siguientes:

II.- ANTECEDENTES:

1. Mediante escrito de fecha 15 de septiembre de 2009, la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC), en

adelante la Entidad, informó al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE (actualmente, del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE), en lo sucesivo el Tribunal, que la empresa SUISEGUR S.A.C., en adelante el Postor, habría incurrido en la causal de sanción prevista en el numeral i) artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, en adelante, el Reglamento, consistente en la omisión injustificada de suscribir el contrato.

Asimismo, remitió el Informe OAL.1.535-2009.I del 15 de septiembre de 2009, además de los siguientes documentos:

1. Copia de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 414-2009-CORPAC-S.A., para la contratación de una empresa que brinde el servicio de salvamento y extinción de incendios en los Aeropuertos de Provincia a nivel Nacional, administrados por la Entidad;
2. Copia de la propuesta técnico-económica del Postor;
3. Copia de la Carta GL.5.1.083-2009 notificada el 12 de Agosto de 2009, mediante la cual la Entidad citó al Postor para la suscripción del contrato, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de los documentos;
4. Copia de la Carta N° 225-AGO/2009, recibida por la Entidad el 18 de Agosto de 2009, mediante la cual el Postor solicitó una ampliación del plazo de cinco (5) días hábiles para la entrega de los documentos requeridos para la suscripción del contrato;
5. Copia de la Carta N° GL.5.1.089.2009.C del 24 de Agosto de 2008, a través de la cual la Entidad otorgó la ampliación del plazo solicitada por el Postor para la suscripción del contrato;
6. Copia de la Carta s/n del 25 de Agosto de 2009, remitida por Defense & Security Systems S.A.C., adjuntando seis (6) Declaraciones Juradas del personal propuesto, en la cual declara no

haber entregado documento alguno al Postor para el proceso de selección de la referencia.

2. Por decreto de fecha 16 de Septiembre de 2009, notificado el 25 de Septiembre de 2009, el Tribunal inició un procedimiento administrativo sancionador al Postor por su supuesta responsabilidad al no haber suscrito injustificadamente el contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 414-2009-CORPAC S.A., derivada del Concurso Público N° 002-2009-CORPAC S.A., para la contratación del servicio de salvamento y extinción de incendios en los Aeropuertos a nivel nacional, infracción establecida en el literal a) del artículo 237 del Reglamento, y le requirió que en el plazo de diez (10) días hábiles presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.
3. Mediante escrito de fecha 13 de Octubre de 2009, el Postor presentó sus descargos con los siguientes argumentos:
 - a. Participó de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 414-2009-CORPAC, la misma que fue adjudicada a su favor y consentida la buena pro el 10 de Agosto de 2009.
 - b. Al no contar con todos los documentos necesarios para la suscripción del contrato respectivo, solicitó a la Entidad una ampliación de plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de la documentación necesaria.

Dicho pedido fue concedido, por lo que el nuevo plazo vencía el 26 de Agosto de 2009.

- c. Sin embargo, ya que dicho plazo no resultó suficiente para recabar toda la información necesaria, el 26 de Agosto de 2009, solicitó nuevamente a la Entidad que le otorgara mas tiempo; ello en atención a que la carta fianza, documento pendiente de remisión, se encontraba en trámite y su expedición dependía del plazo que manejan las entidades financieras, comunicación a la que no dio respuesta la Entidad.

4. Por decreto de fecha 20 de Octubre de 2009, se tuvo por apersonado al Postor y se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.
5. Mediante decreto del 4 de Noviembre de 2009, el Tribunal amplió los cargos contra el Postor por supuesta responsabilidad en la presentación como parte de su propuesta técnica de los señores Billy Aranibar Chávez, Wilber Hurtado Ortiz, Yail Loayza Gonzáles, Pedro Guillén Apaza y Eddy Vera Rivera, adjuntando constancias y certificados supuestamente falsos y/o inexactos, emplazándolo para que en el plazo de diez (10) días cumpla con presentar sus descargos.
6. El 23 de Diciembre de 2009, el Postor presentó sus descargos, señalando que en su propuesta técnica se consignaron los datos de las personas que manifestaron de manera fehaciente su intención de prestar servicios de bomberos a través de su empresa, siendo los propios trabajadores los que le proporcionaron su copia de DNI, Carta de Presentación y Currículo. En ese sentido, agregó que es totalmente falsa la afirmación consistente en que ha presentado documentos falsos, la cual no tiene relación con el informe de la Entidad, ya que contó con la manifestación de voluntad de los bomberos y con su documentación personal.

FUNDAMENTACIÓN

1. En el caso de autos, el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Postor, ha sido decretado como consecuencia de su supuesta responsabilidad al no haberse suscrito injustificadamente el contrato y por presentar documentos falsos o inexactos durante la Adjudicación de Menor Cuantía N° 414-2009-CORPAC-S.A, derivada del Concurso Público N° 002-2008-CORPAC-S.A., infracciones tipificadas en el numeral 51.1 literal a) e i) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, y en el numeral 1 literal a) e i) del artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante el Reglamento, vigentes al suscitarse los hechos denunciados.

En cuanto a la supuesta responsabilidad del Postor por no suscribir injustificadamente el contrato.-

2. Respecto de la causal imputada, ésta le es atribuible a aquel postor que, habiendo sido favorecido con el otorgamiento de la buena pro, se niegue u omite suscribir el contrato. Sea porque no se presente para dicho propósito en la fecha correspondiente o porque no se cumpla con presentar los documentos indispensables para tal fin.
3. En principio, cabe precisar que con el otorgamiento de la buena pro se genera el derecho del postor ganador del proceso de celebrar el contrato con la Entidad. Sin embargo, la suscripción del contrato, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien como participante del proceso de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta la suscripción del contrato respectivo.
4. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 137 del Reglamento, una vez que el otorgamiento de la buena pro ha quedado consentido o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores están obligados a suscribir el o los contratos respectivos.
5. Como parte de dicha obligación, compete a la Entidad y al postor adjudicatario observar el procedimiento establecido en el artículo 148 del Reglamento para el perfeccionamiento del contrato.
6. Así, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del citado artículo 148, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro haya citado al postor ganador, otorgándole un plazo mínimo de cinco (5) días hábiles y máximo de diez (10) días hábiles dentro del cual deberá presentarse a suscribir el contrato con toda la documentación requerida.

Debe precisarse que el cumplimiento de este procedimiento es condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1) literal a) del artículo 237 del Reglamento.

7. Este criterio ha sido recogido, además, en el Acuerdo de Sala Plena N° 007/2009 del 25 de Junio de 2009, en el que, por mayoría, se dispuso que "(...) en los casos en se comunique la no suscripción

injustificada del contrato, las Entidades están obligadas a cumplir y observar estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa para llevar a cabo dicha suscripción, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del postor, debiendo declararse no ha lugar la aplicación de sanción, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables”.

8. En el caso que nos ocupa, el otorgamiento de la buena pro se realizó en acto privado del 31 de julio del 2009, entendiéndose que, según lo dispuesto en el artículo 75 del Reglamento, este fue notificado a través de su publicación en el SEACE, la cual fue realizada en la misma fecha. Por consiguiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 77 del mismo cuerpo normativo, al haberse presentado más de dos propuestas, el consentimiento de la buena pro se produjo a los cinco (5) días hábiles de su notificación sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación; es decir, el 7 de agosto del mismo año, razón por la cual *“la Entidad debió citar al postor para que suscriba el contrato hasta el 11 de agosto del 2009”*.
9. De la revisión de los antecedentes administrativos, se aprecia que mediante Carta MTC/CORPAC S.A. GL.5.1.083.2009C, notificada el 12 de Agosto de 2009, la Entidad citó al Postor para que firme el contrato en el plazo de diez (10) días, previa presentación de una relación de documentos dentro del plazo de cinco (5) días.
10. En ese contexto, este Colegiado advierte que dicha citación fue notificada extemporáneamente el 12 de agosto del 2009; es decir, fuera de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro.
11. Consecuentemente, habiéndose advertido que la citación no observó estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa aplicable para citar al postor a fin de que suscriba el contrato, corresponde eximirle de responsabilidad administrativa, siendo irrelevante el análisis de sus descargos, en tanto ello no revertirá en modo alguno la decisión adoptada en esta sede administrativa.

Sobre la supuesta responsabilidad del Postor en la presentación de documentos falsos o información inexacta.-

12. Sobre el particular, el numeral 51.1 literal i) de la Ley, en concordancia con el numeral 1) literal i) del artículo 237 de su Reglamento, establece que los postores, proveedores y/o contratistas incurrirán en infracción susceptible de sanción cuando presenten documentos falsos o declaraciones juradas con información inexacta a las Entidades, al Tribunal o al OSCE. Dicha infracción se configura con la sola presentación del documento falso o inexacto, sin que la norma exija otros factores adicionales.
13. Para la configuración de los supuestos de hecho de la norma que contiene la infracción imputada se requiere acreditar la falsedad o inexactitud del documento cuestionado; es decir, que este no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente, que siendo válidamente expedido haya sido adulterado en su contenido. O que sea incongruente con la realidad, produciendo un falseamiento de esta, a través del quebrantamiento de los principios de moralidad y de presunción de veracidad, de conformidad con lo establecido en el literal b) 1) del artículo 4 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.
14. Esta imputación se sustenta en la Carta s/n del 24 de agosto del 2009, a través de la cual la empresa D. & S. S. S.A.C. adjuntó la Declaración Jurada (con firma legalizada) de los señores C. H. H., E. V. R., B. A. C., Y. L. G., P. G. A. y W.r H. O, quienes fueron propuestos como parte del personal del Postor (Anexo N° 08). En dicha declaración, los mencionados señores manifiestan que no han presentado documento alguno al Postor para la convocatoria del presente proceso.
15. En su defensa, el Postor ha señalado que se consignaron los datos de los señores C. H. H., E. V. R., B. A. C., Y. L. G., P. G. A. y W. H. O., quienes manifestaron de manera fehaciente su intención de prestar servicios de bomberos, siendo los propios trabajadores colaboradores los que proporcionaron su copia de DNI, carta de presentación

y currículum. En ese sentido, agregó que los cargos imputados son falsos y que no guardan relación con el informe de la Entidad, ya que contó con la anuencia de los bomberos y con su documentación personal. Además, refirió que aun en el supuesto negado de que esas personas no hubiesen sido convocadas, cuestión que no se ha probado y respecto del cual merece resaltar la buena fe que se presume, queda la posibilidad de su contratación futura y cumplimiento efectivo del encargo.

16. Conforme a lo expuesto, cabe anotar -en primer término- que el Informe OAL. 1.535-2009-I adjuntado por la Entidad en su denuncia, señala en su numeral 6 lo siguiente: "Sin perjuicio de lo expuesto, se adjunta la Declaración Jurada legalizada notarialmente remitida por D. & S. S. S.A.C., la cual fue firmada por los señores C. H. H., E. V. R., B. A.C., W. H. O., Y. L. G. y P. G. A.. En dicha declaración, los mencionados señores que no han presentado documento alguno a la empresa SUISEGUR (...) siendo así, se estaría incurriendo en la causal de sanción contenida en el literal i) del numeral 1) del artículo 237, referido a la presentación de documentos falsos o información inexacta a la Entidad", hecho que descarta que el Tribunal haya decidido ampliar los cargos por la presentación de documentos falsos o inexactos sin contar previamente con la opinión de la Entidad sobre la procedencia y responsabilidad respecto a la infracción que se imputa.
17. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, aun cuando el Postor ha rechazado rotundamente las imputaciones en su contra, no ha presentado prueba material y objetiva que desvirtúe los cargos formulados en este extremo. Por el contrario, obra en autos la Declaración Jurada en la que el personal propuesto negó haberle entregado documentación para concretar su participación en el proceso de selección. Por tanto, este Colegiado considera que el anexo N° 8 en el cual el Postor presentó a los señores C. H. H., E. V. R., B. A. C., Y. L. G., P. G. A. y W. H. O., es inexacta, toda vez que ellos no habrían manifestado su consentimiento para participar como personal propuesto, ni entregado la documentación que presentó el Postor en el proceso de selección.
18. En razón a lo expuesto, es posible colegir que en el presente caso se ha configurado la infracción prevista en el literal i) del numeral 51.1

del artículo 51 de la Ley, tipificada también en el literal i) del numeral 1 del artículo 237 del Reglamento, el cual establece una sanción administrativa entre uno (1) y tres (3) años de inhabilitación al infractor, en su derecho para contratar con el Estado y participar en proceso de selección, conforme a los criterios para la determinación gradual de la sanción previsto en el artículo 245⁵ del Reglamento.

19. Además, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo al principio de razonabilidad, consagrado en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1029 del 24 de junio de 2008, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que, en orden de prelación, se señalan a efectos de su graduación: a) la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, b) el perjuicio económico causado, c) la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, d) las circunstancias de la comisión de la infracción, e) el beneficio ilegalmente obtenido y f) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.
20. Bajo las premisas anotadas debe considerarse la naturaleza de la infracción que en este caso reviste gravedad en la medida que afecta el principio de moralidad y la fe pública, bienes jurídicos merecedores de tutela especial, pues constituyen los pilares de las relaciones suscitadas entre la Administración Pública y los Administrados.
21. Adicionalmente, en lo que atañe a la conducta procesal del infractor durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, es necesario tener presente que el Postor ha presentado oportunamente sus descargos solicitados, aunque no ha reconocido la comisión de la infracción imputada.
22. En el mismo sentido, es necesario que este Tribunal preste atención al daño causado por el infractor, el cual se evidencia con la mera presentación de documentación inexacta no acorde a la realidad.

Además, debe tenerse en cuenta que el solo hecho de establecer causales de aplicación de sanción, supone que su realización conlleva un perjuicio directo a los fines de la Entidad y consecuentemente del Estado.

23. Por otro lado, no puede dejar de valorarse a favor del Postor que carece de antecedentes al no haber sido inhabilitado anteriormente para participar en procesos de selección y contratar con el Estado.
24. Consecuentemente, en virtud a los criterios expuestos, este Colegiado considera que corresponde imponer al Postor una sanción equivalente a doce (12) meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado.
25. Finalmente, al constatar la presentación de documentos inexactos, esta Sala considera pertinente remitir los actuados a la Presidencia del OSCE, para que en uso de sus atribuciones, adopte las medidas legales respectivas.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dra. J. E. R. M., y la intervención de los Vocales Dra. W. I. B. y Dr. J. C. M. C., atendiendo a la conformación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 35-2008-CONSUCODE/PRE, expedida el 31 de enero del 2008, la Resolución N° 256-2009-OSCE/PRE del 7 de julio del 2009 y la Resolución N° 533-2009-OSCE/PRE del 23 de diciembre del 2009 y el Acuerdo de Sala Plena N° 008/2008.TC del 6 de mayo del 2008, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF; analizados los antecedentes y luego de agostado el debate correspondiente, por unanimidad;

IV.- LA SALA RESUELVE:

1. Sancionar a SUISEGUR S.A.C. con doce (12) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por incurrir en la infracción tipificada en el

literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017, tipificada también en el literal i) del numeral 1 del artículo 237 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sanción que tendrá vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de publicada la presente resolución.

2. Declarar no ha lugar la aplicación de sanción a SUISEGUR S.A.C. por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017, tipificada también en el literal a) del numeral 1 del artículo 237 del Decreto Supremo N° 184.2008-EF, por los fundamentos expuestos.
3. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, para las anotaciones de ley.
4. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para que en uso de sus atribuciones, adopte las medidas legales respectivas.

V.- ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

V.1.- EL CASO.-

Mediante escrito de fecha 15 de Septiembre del 2009, CORPAC se informa al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante: CONSUCODE) que la empresa SUISEGUR habría incurrido en la causal de sanción prevista en la legislación de la materia, consistente en la omisión injustificada de suscribir el contrato. Es así que al día siguiente el Tribunal del CONSUCODE inició procedimiento administrativo sancionador a SUISEGUR por no suscribir el contrato y le requirió que en el plazo de diez días hábiles presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente. Posteriormente el Tribunal del CONSUCODE amplió los cargos contra SUISEGUR por supuesta responsabilidad al haber adjuntado a su propuesta técnica constancias y certificados supuestamente falsos y/o inexactos, emplazándolo para que en el plazo de diez días cumpla con presentar sus descargos.

Con fecha 29 de Enero de 2010 la Primera Sala del Tribunal del CONSUCODE resolvió sancionar a SUISEGUR con doce meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado por incurrir en la infracción referida a presentar documentación falsa y/o inexacta puesto que no presentó pruebas que desvirtúen los cargos formulados, empero no la sanciona por negarse injustificadamente a suscribir el contrato puesto que la empresa fue notificada extemporáneamente ya que el plazo legal es de dos días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro y recién se le notificó al tercer día.

V.2.- LOS TEMAS POR DESARROLLAR.-

La Jurisprudencia *sub-examine* concita nuestra atención particularmente en cuanto a la no suscripción del contrato por parte del postor ganador de la buena pro. En consecuencia, abordaremos tres temas puntuales: la autonomía de la voluntad, la subasta y el concurso en las contrataciones públicas. Finalmente daremos nuestra opinión en torno a la Resolución del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del CONSUCODE.

V.3.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.-

La Jurisprudencia Civil peruana refiere que “el artículo 1351 del Código Civil define *el contrato* como “*el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación, que es lo que se denomina el consentimiento*”¹.

Al calificar el contrato como un acto jurídico² se sustenta en la voluntad, siendo la exteriorización de ésta el punto de partida para la

¹ Casación N° 1345-1998-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 20 de enero de 1999.

² Manuel de la Puente y Lavalle critica los textos contenidos en los artículos 140 y 1351 del Código Civil que definen el acto jurídico y el contrato, respectivamente. Dicho autor expresa: “Puede observarse que existe una innecesaria repetición de conceptos en dichos artículos, pues ambos hacen referencia a la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Ello obedece a que, pese a que el Código Civil recoge el concepto

configuración del acto jurídico y, la confluencia de ellas, el contrato. La voluntad resulta ser indispensable para que posteriormente exista la posibilidad de arribar en un contrato, de manera tal que la inexistencia de dicha voluntad torna imposible que se cree (modifique, regule o extinga) una relación jurídica patrimonial. Así, en ese orden de ideas, la voluntad exteriorizada es el presupuesto de un potencial contrato si es que resulta congruente con otra voluntad exteriorizada.

La autonomía de la voluntad (o autonomía privada) es, al decir de senda jurisprudencia, “el poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico-sociales” y tiene un alcance individual, ya que, según Dieter Médicus, “la autonomía privada consiste en que cada persona desarrolle su correspondiente libertad, según su propia voluntad, en sus relaciones jurídicas privadas: por tanto, debe dominar la autonomía, no la decisión extraña”³. Dicho carácter individualista permite una injusticia tolerable por el Derecho, que Atilio Aníbal Alterini sintetiza en los siguientes términos: “Cuando alguien decide algo con respecto a otro, es posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo”.

Ahora bien, el tratamiento civilista de la autonomía de la voluntad no es ajeno a la regulación legal de la actuación del Estado en la vida económica, siendo que ésta ha transitado básicamente a partir de dos extremos: por un lado, la economía planificada, en la que el Estado asume el rol de interventor, adopta una posición paternalista y reduce la libertad a su mínima expresión, desnaturalizándola; y, por otro, la economía liberal, en la cual el mercado se muestra autosuficiente, es el Estado el que se reduce a su mínima expresión, por lo que debe *dejar*

de la mejor doctrina en el sentido que el contrato es una especie de acto jurídico, la elaboración de los libros referentes a los actos jurídicos y a las fuentes de las obligaciones (dentro del cual se encuentra la sección primera sobre los contratos en general) estuvieron a cargo de distintos ponentes, cada uno de los cuales definió la figura jurídica que estaba modelando, resultando así una definición completa del acto jurídico y otra definición completa del contrato, sin poner de manifiesto la relación que existía entre ambos”. Cfr. De la Puente y Lavalle, Manuel. “Contratos en general. Motivación de propuestas”. En: Reforma del Código Civil Peruano. Lima, Gaceta Jurídica Editores, noviembre de 1998, ps. 221 y 222 (el resaltado es nuestro).

³ Médicus, Dieter. Tratado de las Relaciones Obligatorias. Barcelona, Editorial Bosch, 1995, Volumen I, p. 35.

hacer, dejar pasar, y ensalza desmesuradamente la libertad, desnaturalizándola. En una posición ecléctica aparece la economía social de mercado, la misma que otorga al Estado un rol regulador, sustentándose en un concepto razonable de libertad, en el que ésta tiene límites (autonomía de la voluntad vs. orden público). La libertad así entendida es el actual fundamento de la autonomía de la voluntad.

En el terreno contractual, la autonomía de la voluntad se manifiesta como la libertad de contratación, la cual a su vez tiene dos aristas claramente marcadas: por un lado, la libertad de contratar y, por otro, la libertad contractual o, como refiere, el Tribunal Constitucional, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante, y la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual, respectivamente. La jurisprudencia civilista explica que “la autonomía privada posee un doble contenido: la libertad de contratar o facultad de decidir con quién, cómo y cuándo contratar, y la libertad contractual o configuración interna que tienen las partes contratantes para determinar entre sí el contenido del contrato que han acordado celebrar”⁴.

La libertad de contratar es de naturaleza unilateral, se refiere a la configuración externa del contrato y permite que cada quien elija a su contraparte contractual. Parece que tuviese consagración constitucional en el artículo 62 de la Carta Magna cuando dice *ab-initio*: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato”; sin embargo, este texto alude en realidad a la libertad contractual, que abordaremos en líneas posteriores. La libertad de contratar -al igual que la libertad contractual- está limitada por las fronteras del ordenamiento jurídico, no siendo pues irrestricta. En ese orden de ideas, puedo contratar con quien quiera, pero si deseo comprar acciones en la Bolsa de Valores tengo que contratar a una sociedad agente de bolsa, es decir no es abiertamente cualquier contratante sino una sociedad agente de bolsa, pero sucede que dentro de las que existen en el mercado puedo escoger a la que desee.

⁴ Casación N° 3700-2000-Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 31 de julio del 2001, p. 7455.

En cambio, la libertad contractual es de naturaleza consensual, se refiere a la configuración interna del contrato y permite que las partes pacten libremente el contenido contractual. Encuentra consagración normativa en el artículo 1354 del Código Civil cuando estipula: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo". Esto último - que constituye una limitación en su ejercicio- subraya su carácter libertario pues la libertad (en marcada diferencia con el libertinaje) no es absoluta ni irrestricta, sino que presenta límites; los límites de la libertad contractual son -según el citado dispositivo jurídico- las normas imperativas, a lo que habría que agregar el orden público y las buenas costumbres. Por consiguiente, las partes contratantes pueden pactar en el contrato lo que deseen, dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico: podrán pactar en un contrato de compraventa que el pago se realizará al contado o en armadas, pero no podrán pactar que la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes.

La autonomía de la voluntad no es, en suma, una *patente de corso* que permita contratar sin límites. Así pues en una subasta -según veremos seguidamente- tanto el subastador como el postor están sometidos a la convocatoria y a la buena pro. No es que puedan contratar como quieran, alejándose de los términos de la convocatoria, ni tampoco que el subastador pueda contratar con quien no haya ganado la buena pro porque ya contrató con éste al momento de otorgarle dicha buena pro.

V.4.- LA SUBASTA.-

Guillermo Cabanellas de Torres nos recuerda que, etimológicamente, el término "subasta" proviene de las palabras latinas *sub* y *hasta* que significaban "bajo lanza, por la forma en que era vendido el botín del enemigo", agregando que, "en la actualidad, la subasta es la venta pública de bienes... al mejor postor, por mandato y con intervención de la justicia"⁵. Téngase en cuenta que, conceptualmente, "la subasta" es la institución primigenia sobre la cual posteriormente se construye "el concurso", diferenciándose en que en aquella gana simplemente la mejor

⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Editorial Heliasta, s/f, vigésimo octava edición, Tomo VII, p. 524.

licitación (esto es quien ofrece el precio más alto⁶), mientras que en éste se evalúan otros criterios (como la experiencia del postor y/o la capacidad técnica); por lo demás, es usual que en la subasta se reciban varias propuestas de cada postor, de modo que las posteriores mejoran las anteriores, mientras que en el concurso suele recibirse sólo una propuesta por cada postor. En el caso *sub-examine* estamos ante un concurso que, atendiendo a lo expuesto, se sustenta en los conceptos de la subasta, sin perjuicio de las distinciones anotadas.

Lo peculiar de la subasta es que las manifestaciones de voluntad se presentan en tres etapas: cuando el subastador lanza la convocatoria, cuando los postores realizan las pujas y cuando el subastador otorga la buena pro⁷. No estamos ante el tradicional escenario del contrato unidireccional en el cual hay dos manifestaciones de voluntad (oferta y aceptación) que confluyen perfeccionando el contrato. Tampoco estamos ante el caso del contrato bidireccional en el que existen tres manifestaciones de voluntad (oferta, contraoferta y aceptación) que, de ida y vuelta, perfeccionan el contrato. En la subasta hay un contrato multidireccional donde la convocatoria es el punto de partida para que actúen los postores con sus pujas, cerrándose el círculo con el otorgamiento de la buena pro.

Existen fundamentalmente dos teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la subasta. La primera (teoría de la oferta) sostiene

⁶ De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, licitación es la "acción y efecto de licitar" y licitar es "ofrecer precio por algo en una subasta o almoneda". Cfr. Diccionario de la Lengua Española, obra citada, voces "licitación" y "licitar". Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública la semántica se torna extensiva, por lo que se señala: "El término licitación, entendido en forma genérica, alude a todos los procedimientos de selección de contratistas". Cfr. Linares Jara, Mario. Contratación Pública. Derecho local, internacional y de la integración. Lima, Editorial Grijley, 2008, p. 298.

⁷ Miguel Torres Méndez sostiene que la subasta "siempre va a consistir en la dación sucesiva de tres declaraciones de voluntad, constituyendo cada una de ellas una fase o etapa de la misma". Cfr. Torres Méndez, Miguel. "Subasta". En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, noviembre del 2004, Tomo VII - Contratos en general, p. 305. Discrepamos de tal aseveración porque no *siempre* son tres declaraciones de voluntad, sino que usualmente serán más de tres por la multiplicidad de posturas.

que la convocatoria es la oferta, las posturas son las aceptaciones y la buena pro es la confirmación. Por su parte, la segunda (teoría de la invitación a ofrecer) expresa que la convocatoria es la invitación a ofrecer, las posturas son las ofertas y la buena pro es la aceptación. Este último criterio de inversión de posiciones jurídicas es recogido por el Código Civil cuando en el primer párrafo de su artículo 1389 estipula: “En la subasta, la convocatoria es una invitación a ofrecer y las posturas son las ofertas”.

Tiene mayor asidero la teoría de la invitación a ofrecer porque, de acuerdo a ésta, el subastador invita a los postores a que lancen sus ofertas, a partir de los términos de la convocatoria; las ofertas de los postores se vislumbran en las pujas que éstos realizan; y, finalmente, el subastador aceptará la mejor puja, es decir la oferta más atractiva. Por el contrario es cuestionable que, según la teoría de la oferta, el lanzamiento de la convocatoria sea la oferta, ya que de ser así habría múltiples aceptaciones que teóricamente perfeccionarían el contrato, aunque éste no sería ejecutable, causando inseguridad jurídica para los postores; además de ello, la supuesta confirmación que significaría el otorgamiento de la buena pro deviene en innecesaria porque los contratos no requieren más que aceptación de la oferta (o, en su caso, de la contraoferta) para entenderse válidamente celebrados.

V.5.- EL CONCURSO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS.-

La buena pro es la aceptación de la mejor oferta y, por ende, con su otorgamiento se entiende celebrado el contrato, aunque todavía falte suscribirlo. Diferenciamos entonces la celebración de la suscripción: lo primero se consigue con el acuerdo de voluntades, atendiendo a lo prescrito en los artículos 1351 (“el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”), 1352 (“los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes”) y 1359 *contrario sensu* (“no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones”) del Código Civil, mientras que lo segundo es la firma del documento donde consta el referido contrato cuando la manifestación de voluntad es expresa y se realiza de modo escrito, siendo menester distinguir el acto jurídico (esto es el contrato) del documento, a tenor del artículo 225 del Código Civil (“no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo”).

Todo lo anterior significa que, en principio, el otorgamiento de la buena pro supone la celebración del contrato, independientemente que falte la suscripción del documento, excepto cuando -a la luz del citado artículo 1352 del Código Civil-, además del consentimiento de las partes, los contratos “debe observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad” porque aquí estamos ante contratos con formalidad *ad-solemnitatem* que, precisamente, tienen a la “observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad” como uno de los requisitos de validez del acto jurídico, según lo estipula el artículo 140 inciso 4 del mismo Código Civil. No obstante, se trata de una excepción, por lo que la regla general se mantiene: el otorgamiento de la buena pro supone la celebración del contrato, independientemente que falte la suscripción del documento.

En tal sentido discrepamos de la opinión de César Rubio Salcedo cuando, en el ámbito de la contratación pública, afirma: “... el otorgamiento de la buena pro puede ser definido como el acto concreto de elección que hace la Administración Pública respecto a una persona natural o jurídica cuya propuesta ha obtenido el mejor puntaje en un determinado proceso de selección, constituyéndose a su favor un derecho expectatio mediante el cual podrá contratar con el Estado en un momento posterior. En otras palabras, el otorgamiento de la buena pro es la expectativa real y legítima para contratar con el Estado que obtiene una persona luego de haber pasado por determinadas evaluaciones”⁸ (el resaltado es nuestro). No es que el otorgamiento de la buena constituye un derecho expectatio mediante el cual se podrá contratar ni es la expectativa real y legítima para contratar porque con dicho otorgamiento ya se celebró el contrato.

El mismo autor se inclina por nuestra postura cuando manifiesta: “Decimos que el otorgamiento de la buena pro constituye un derecho expectatio, en tanto que el ganador de la buena pro, a pesar de tener la propuesta con mejor puntuación, tiene la obligación de cumplir con la presentación de determinados requisitos adicionales a fin de poder

⁸ Rubio Salcedo, César. “El otorgamiento de la buena pro en las compras estatales. Una especial referencia a la definición plasmada por el Tribunal de Contrataciones del Estado”. En: Revista Jurídica del Perú. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, agosto del 2009, N° 102, p. 123.

suscribir el respectivo contrato con la entidad: con el otorgamiento de la buena pro, el ganador de la buena pro espera suscribir el contrato con la entidad del Estado, siempre y cuando cumpla con otros requisitos previstos...” (el resaltado es nuestro). Véase cómo se confunde la celebración con la suscripción del contrato. En el texto transcrito se refiere (correctamente) a la suscripción pero se utiliza (equivocadamente) como tácito fundamento de la no celebración.

Para mayor abundamiento, el artículo 141 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, regula los requisitos para *suscribir* el contrato, los mismos que no siempre son exigibles. Así, por ejemplo, se solicita constancia vigente del postor ganador de la buena pro de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, pero ello no es exigible en los procesos de adjudicación de menor cuantía; se solicitan garantías, pero la propia norma permite casos de excepción; se solicita el contrato de consorcio con firmas legalizadas de los consorciados, pero ello sólo es exigible obviamente cuando el postor se presentó como consorcio; y, es más, todo lo anterior no será exigible cuando el contratista ganador de la buena pro sea otra entidad.

La confusión del citado autor reposa en la propia confusión normativa cuando el artículo 196 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es sumillado como “obligación de contratar” y contiene el siguiente texto en su primer párrafo: “Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la entidad como el o los postores ganadores están obligados a suscribir el o los contratos respectivos”. Lo que aquí contempla la norma no es, como erradamente refiere en la sumilla, la *obligación de contratar* sino la *obligación de suscribir* el documento, siendo el fundamento precisamente que ya existe contrato, puesto que de no ser así ¿cómo podrían obligarse a suscribir un contrato que no existe?, ¿en virtud de qué razón se les podría obligar? El citado artículo 196 se ubica en el Sub-Capítulo I denominado “Perfeccionamiento del contrato”, lo que abona a favor de nuestra postura: el contrato ya existe; la suscripción del documento sólo lo perfecciona. Ahora bien, la obligación de suscribir el contrato recae tanto en la entidad como en el postor ganador de la buena pro.

En efecto, respecto a la entidad, mediante Acuerdo de Sala Plena N° 007/2009 del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del CONSUCODE, de fecha 25 de junio del 2009, se estableció que "... en los casos en que se comunique la no suscripción injustificada del contrato [entiéndase por parte de la entidad], las entidades están obligadas a cumplir y observar estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa para llevar a cabo dicha suscripción, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del postor, debiendo declararse no ha lugar el inicio de procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables". Téngase en cuenta que el artículo 203 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado prescribe en su inciso 3 que "cuando la entidad no cumpla con citar al ganador de la buena pro o suscribir el contrato dentro del plazo establecido, el postor podrá requerirla para su suscripción, dándole un plazo no mayor de cinco días hábiles a la entidad"; incluso, se establece un beneficio económico a favor del postor por la demora de la entidad en suscribir el contrato y, en el inciso 4, se faculta al postor a solicitar que se deje sin efecto el otorgamiento de la buena pro, con derecho a indemnización por lucro cesante. El propio artículo 196 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado estipula en su segundo párrafo *ab-initio*: "La entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección debidamente acreditadas".

En cuanto al postor, si éste no cumple con suscribir el contrato, se aplica también el artículo 196 del mencionado Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en el que se indica en su tercer párrafo: "En caso que el o los postores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, serán pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal [de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del CONSUCODE]". Incurrirán pues en una causal de sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva, a tenor del artículo 294 inciso 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado donde se anota: "El Tribunal impondrá la sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que... no suscriban injustificadamente el contrato".

En suma, el otorgamiento de la buena pro en las contrataciones públicas significa la aceptación por parte de la entidad convocante de la mejor propuesta de los postores (con lo cual se tiene por celebrado el contrato), siendo que dichas propuestas tienen la calidad de ofertas, tal como puede inferirse claramente de lo estipulado en el artículo 32 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM: “El proceso de selección será declarado desierto cuando no quede válida ninguna oferta; y parcialmente desierto cuando no quede válida ninguna oferta en alguno de los ítems identificados particularmente” (el resultado es nuestro).

V.6.- OPINIÓN SOBRE LA RESOLUCIÓN.-

En la materia analizada, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del CONSUCODE resolvió no sancionar a SUISEGUR por negarse injustificadamente a suscribir el contrato puesto que la empresa fue notificada extemporáneamente ya que el plazo legal es de dos días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro y recién se le notificó al tercer día. Paradójicamente la inobservancia de una formalidad por parte de la entidad exoneró de responsabilidad al postor que, al parecer, no estaba en condiciones de suscribir el contrato. Empero esto resulta irrelevante. Lo cierto es que la Resolución del Tribunal se ajusta a derecho y se convierte más bien en un llamado de atención a las entidades para que actúen con diligencia.

Nos preguntamos finalmente si CORPAC podría haber interpuesto un recurso de reconsideración contra la aludida Resolución del Tribunal y la respuesta la encontramos en la propia jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del CONSUCODE cuando ha señalado: “...si bien las entidades están obligadas a poner en conocimiento del Tribunal los hechos que puedan dar lugar a la aplicación de sanciones de inhabilitación a proveedores, participantes, postores, contratistas y expertos independientes, debiendo sustentar las imputaciones que formulan, ellas no son parte del procedimiento administrativo sancionador que pudiera iniciarse a consecuencia de su petición. Por tanto, ... la entidad carece de legitimidad para interponer el recurso de reconsideración presentado, el mismo que, consecuentemente, debe ser declarado improcedente”.