



Nº 143 • AGOSTO 2010 • AÑO 16

Plazo para interponer amparo contra resoluciones judiciales se computa desde la notificación del mandato que ordena que se cumpla lo decidido

Daños a terrazoza provocados en accidente de tránsito del ómnibus en el que laboraba son extracontractuales

El cambio de nombre. ¿Una justa solución a la doble identidad?

Adquisición conjunta de inmueble por escritura pública prueba unión de hecho

Cualquier observación al saldo deudor no perjudica el cobro de las letras de cambio emitidas por el cierre de una cuenta corriente

Falta de sentencia definitiva sobre usucapión no es causal para suspender el desalojo

Certificado de incapacidad temporal suscrito por médico particular es suficiente para justificar la inasistencia pese a que reglamento interno disponga lo contrario

Procedimiento registral y documento público. Nota crítica contra el simplismo argumentativo de ampararse en un reglamento registral

El cambio de motor califica como mejora permanente y no como gasto deducible

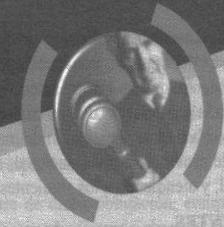
Proveedores deben informar a consumidores la condición transgénica de insumos de los alimentos procesados

**Especial**  
**ABSOLUCIÓN PENAL  
COMO SUPUESTO  
DE DESPIDO FRAUDULENTO**

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO

**GACETA**  
JURIDICA

# JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA



## ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

Enfoque contractual de la subasta con especial referencia a los concursos en la contratación pública

343

## ENTRE CORCHETES COMENTARIOS Y ANOTACIONES

Comité especial no puede realizar la fiscalización previa de la falsedad documental durante el proceso de selección

355

La nulidad es un medio legal para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad

360

## TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

Organismos reguladores

369

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

Análisis y crítica jurisprudencial

Daniel ECHAIZ MORENO<sup>(\*)</sup>

TEMA RELEVANTE

En el presente artículo el autor, sobre la base de una resolución emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado, realiza un análisis del contrato y su perfeccionamiento desde la perspectiva del Derecho Civil, trasladándolo al ámbito de la contratación pública. Señala que debe distinguirse entre la celebración del contrato, que se produce al otorgarse la buena pro y su perfeccionamiento, que se genera con su suscripción.

## RESOLUCIÓN

Resolución N° 203-2010-TC-S1

Lima, 29 de enero de 2010

Visto en sesión de fecha 29 de enero de 2010 de 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

(\*) Magister en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima. Curso de Especialización en Mercado de Valores por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev). Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad San Ignacio de Loyola. Socio fundador de Echaiz - Estudio Jurídico Empresarial.

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:

**ANTECEDENTES**

1. Mediante escrito de fecha 15 de setiembre 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 setiembre de 2009, además de los siguientes documentos:

- i. 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;
- ii. Copia de la propuesta técnico-económica del Postor;
- iii. 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;
- iv. 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;
- v. 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;

vi. 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 setiembre de 2009, notificado el 25 de setiembre de 2009, el Tribunal inició 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:

i. 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.

ii. 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.

iii. 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 más 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 Gonzales, 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 con todo 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, esta 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° 007/20093 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 754 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 Defense & Security Systems S.A.C. adjuntó la Declaración

Jurada (con firma legalizada) de los señores Casiano Huamanguilla Huamán, Eddy Vera Rivera, Billy Aranibar Chávez, Yail Loayza Gonzales, Pedro Guillén Apaza y Wilber Hurtado Ortiz, 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 Casiano Huamanguilla Huamán, Eddy Vera Rivera, Billy Aranibar Chávez, Yail Loayza Gonzales, Pedro Guillén Apaza y Wilber Hurtado Ortiz, 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 currículo. 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 Defense & Security Systems S.A.C., la cual fue firmada por los señores Casiano Huamanguilla Huamán, Eddy Vera Ribera, Billy Aranibar Chávez, Wilber Hurtado Ortiz, Yail Loayza Gonzales y Pedro Guillén Apaza. En dicha declaración, los mencionados señores que no han presentado documento alguno a la empresa Susegur (...) 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 Casiano Huamanguilla Huamán, Eddy Vera Rivera, Billy Aranibar Chávez, Yail Loayza Gonzales, Pedro Guillén Apaza y Wilber Hurtado Ortiz 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 prevista 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 mercedores 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 de 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 de la Vocal Ponente Dra. Janette Elke Ramírez Maynetto, y la intervención de los Vocales Dra. Wina Isasi Berrospi y Dr. Juan Carlos Mejía Cornejo, 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 de 2008, la Resolución N° 256-2009-OSCE/PRE del 7 de julio de 2009 y la Resolución N° 533-2009-OSCE/PRE del 23 de diciembre de 2009 y el Acuerdo de Sala Plena N° 008/2008.TC del 6 de mayo de 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 agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

**LA SALA RESUELVE:**

1. Sancionar a Susegur 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.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

SS. Ramírez Maynetto, Presidenta; Isasi Berrospi, Vocal; Mejía Cornejo, Vocal.

**ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL**

**I. EL CASO**

La Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (en adelante, Corpac) convocó 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 S.A.C. (en adelante, Suisegur) ganó la buena pro, por lo que Corpac la citó para la suscripción del correspondiente contrato, otorgándole el plazo de cinco días hábiles para la remisión de los documentos. La referida compañía Suisegur solicitó una ampliación del plazo de cinco días hábiles para la entrega de los documentos requeridos, el cual fue concedido por Corpac. Al cabo de este nuevo plazo, Suisegur vuelve a solicitar una ampliación; Corpac guardó silencio.

Mediante escrito de fecha 15 de setiembre de 2009, Corpac informó al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, Consucode<sup>(1)</sup>) 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, debido a 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.

**II. 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.

**III. 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”<sup>(2)</sup>.

Al calificar el contrato como un acto jurídico<sup>(3)</sup> se sustenta en la voluntad, siendo la exteriorización de esta el punto de partida para la 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”<sup>(4)</sup> 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”<sup>(5)</sup>. Dicho carácter individualista permite una injusticia tolerable por el Derecho, que Atilio Anibal 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”<sup>(6)</sup>.

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 esta ha transitado básicamente a partir de dos extremos: por un lado, la economía planificada<sup>(7)</sup>, 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<sup>(8)</sup>, en la cual el mercado se muestra autosuficiente, es el Estado el que se reduce a su mínima expresión, por lo que debe dejar hacer, dejar pasar, y ensalza desmesuradamente la libertad, desnaturalizándola. En una posición ecléctica aparece la economía social de mercado<sup>(9)</sup>, que otorga al Estado un rol regulador, sustentándose en un concepto razonable de libertad, en el que esta 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

(2) Cas. N° 1345-1998-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 20 de enero de 1999.

(3) Manuel de la Puente y Lavalley 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 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 LAVALLEY, de 1998, pp. 221 y 222 (el resaltado es nuestro). En: *Reforma del Código Civil Peruano*. Gaceta Jurídica Editores, Lima, noviembre de 1998.

(4) Cas. N° 2393-2000-Jaén, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de noviembre de 2001, p. 7985.

(5) MÉDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Volumen I, Bosch, Barcelona, 1995, p. 35.

(6) ALTERINI, Atilio Anibal. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 10.

(7) El modelo de la economía planificada ve al Estado como un interventor, en tanto solo él sabe lo que le conviene al mercado y, así, por ejemplo, determina los precios de los productos. Cfr. CARR, Edward Hallet. *Historia de la Rusia Soviética. Bases de una economía planificada*. Alianza, Madrid, 1984.

(8) El modelo del libre mercado no ve al Estado (o, mejor dicho, no lo quiere ver), prescindiendo de este y aplicando la máxima francesa originaria del siglo XVIII “*laissez faire, laissez passer*” (dejar hacer, dejar pasar). Cfr. VILLARREAL, René. *Hacia una nueva economía de mercado*. Editores Castillo, México, 1998.

(9) El modelo de la economía social de mercado sí ve al Estado, mas no como un interventor sino como un árbitro que regula las conductas empresariales, propiciando la competencia para conseguir –al decir de Bernardo Kliksberg– “una economía con rostro humano”. Cfr. KLIKSBERG, Bernardo. *Hacia una economía con rostro humano*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002. La economía social de mercado –que nació en los años treinta del siglo pasado, entre los economistas de la Escuela de Friburgo, como Alexander Rüstow– constituye hoy en día el modelo económico más extendido entre los países en vías de desarrollo y con mayor proyección a nivel mundial. Cfr. Diplomado Latinoamericano en Economía Social de Mercado, Santiago de Chile, Universidad Miguel de Cervantes, 2005.

(1) Actualmente, Organismo Superior de Contrataciones para el Estado (OSCE).

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<sup>(10)</sup>. 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”<sup>(11)</sup>.

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 deseé<sup>(12)</sup>.

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<sup>(13)</sup>. 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<sup>(14)</sup>. 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<sup>(15)</sup>.

La autonomía de la voluntad no es, en suma, una **patente de corso**<sup>(16)</sup> 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 quieren, 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 este al momento de otorgarle dicha buena pro.

#### IV. 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”<sup>(17)</sup>. 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 licitación (esto es quien ofrece el precio más alto<sup>(18)</sup>), mientras que en este 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 solo 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 pro<sup>(19)</sup>. No estamos ante el tradicional escenario del contrato unidireccional en el cual hay dos manifestaciones de voluntad (oferta y aceptación<sup>(20)</sup>) 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,

**“ El otorgamiento de la buena pro supone la celebración del contrato, independientemente de 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 ‘deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad’ ”**

perfeccionan el contrato. En la subasta hay un contrato multidireccional donde de 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 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<sup>(21)</sup> porque, de acuerdo a esta, 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 estos 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 este no sería ejecutable, causando inseguridad jurídica para los postores; además de ello, la supuesta confirmación que significaría el

(10) Cfr. Exp. N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003.

(11) Cas. N° 3700-2000-Callao, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de julio de 2001, p. 7455.

(12) El propio Tribunal Constitucional ilustra la libertad de contratar del siguiente modo: “Si bien es indiscutible que no se puede negar a nadie el derecho de celebrar contratos de prestación de servicios con quien, a su criterio, es la persona más apropiada o idónea para cada caso, también lo es que, tratándose de servicios de auditoría, con arreglo a la Constitución [Política del Perú] y las leyes conexas, solo pueden desempeñar las correspondientes funciones los contadores previamente incorporados en alguno de los Colegios de Contadores Públicos de la República”. Cfr. Exp. N° 003-97-I/TC-Lima, de fecha 31 de julio del 2001. Como puede apreciarse, puede contratarse al auditor que uno desee (libertad de contratar) pero dicho auditor tendrá que ser un contador previamente incorporado en alguno de los Colegios de Contadores Públicos de la República.

(13) A modo de ejemplo citamos la siguiente jurisprudencia: “Si las partes convinieron que el vendedor formalizaría la escritura pública de transferencia de propiedad en la fecha que el comprador cancele la integridad del precio de venta, la parte demandada no está obligada a satisfacer la pretensión si el actor no ha cumplido con pagar dicho saldo”. Cfr. Exp. N° 658-97, Sala N° 1, del 31 de octubre de 1997.

(14) El artículo 1355 del Código Civil refiere: “La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”. Sin embargo, esta norma deviene en inaplicable porque el artículo 62 de la Constitución Política del Perú prescribe que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”, recogiendo así el principio de santidad contractual o *pacta sunt servanda*. La Comisión Reformadora del Código Civil, creada mediante Ley N° 26394 el 22 de noviembre de 1994, propuso suprimir este artículo 1355.

(15) De acuerdo al artículo 1543 del Código Civil: “La compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes”. No obstante, como bien explica Jorge Oviedo Albán, “en el Derecho norteamericano se aceptan por excepción los contratos con precio abierto, donde no será necesario que el oferente indique el precio, pues se entiende que ofrece el precio de mercado”. Cfr. OVIEDO ALBÁN, p. 270. “La formación del contrato en el Derecho estadounidense”. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 109, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2010.

(16) Según el Diccionario de la Real Academia Española, la patente de corso es la “autorización que se tiene o se supone para realizar actos prohibidos a los demás”. Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimo segunda edición, Real Academia Española, Madrid, 2001.

(17) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VII, Vigésimo octava edición, Heliasta, Buenos Aires, s/l, p. 524.

(18) 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*, ob. cit., 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*. Grijley, Lima, 2008, p. 298.

(19) 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*. Tomo VII - Contratos en general, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre del 2004, 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.

(20) En palabras de Nadia Nedzel: “El asentimiento mutuo por medio del cual se perfecciona el contrato requiere una oferta y una aceptación”. Cfr. NEDZEL, Nadia. “A comparative study of good faith, fair dealing and precontractual liability”. En: 12 *Tulane European and Civil Law Forum* 97, S/I, s/e, 1997, p. 55 (traducción libre).

(21) La normativa civil peruana también acoge la misma teoría para el supuesto de la oferta al público. En efecto, el artículo 1388 del Código Civil prescribe en su primer párrafo: “La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente”. Sin embargo, esta es la regla general que admite como excepción la propia calificación que el proponente le da a su propuesta, por lo que el mismo dispositivo citado estipula en su segundo párrafo: “Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal”.

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<sup>(22)</sup>.

**V. 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 a 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 de 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 “deben 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 de 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”<sup>(23)</sup> (el resaltado es nuestro). No es que el otorgamiento de la buena pro 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 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 (...)”<sup>(24)</sup> (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<sup>(25)</sup>.

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 cuales 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 solo 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.

**“ El contrato ya existe; la suscripción del documento solo lo perfecciona. Ahora bien, la obligación de suscribir el contrato recae tanto en la entidad como en el postor ganador de la buena pro. ”**

La confusión del citado autor reposa en la propia función 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 Subcapítulo I denominado “Perfeccionamiento del contrato”, lo que abona a favor de nuestra postura: el contrato ya existe; la suscripción del documento solo 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, del 25 de junio de 2009, se estableció que “(...) en los casos en que se comuniquen 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 haber lugar el inicio del procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables”<sup>(26)</sup>. 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<sup>(27)</sup>, 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 este 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 de 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”.

(26) A partir de este Acuerdo de Sala Plena, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Consucode ha resuelto posteriormente que “(...) habiéndose verificado que la entidad no dio cumplimiento al procedimiento para la celebración del contrato [aunque debió decir: suscripción del contrato] y que, por ende, no se ha materializado la condición necesaria para la configuración de la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 294 del Reglamento [de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado], corresponde eximir de responsabilidad al postor respecto de los hechos denunciados (...)”. Cfr. Res. N° 032-2010-TC-S1, del 11 de enero de 2010.

(27) No se trata en realidad de una solicitud porque, de ser así, la entidad podría aceptar o rechazar la solicitud. Por el contrario, aquí el postor ganador de la buena pro escoge la alternativa de dejar sin efecto el contrato; la otra alternativa es exigir el cumplimiento de este.

(22) En cuanto a la subasta, nada impide que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el subastador le dé a su convocatoria el carácter de oferta. Esto supondría que las posturas son aceptaciones sujetas a condición resolutoria: el contrato se resuelve inmediatamente cuando se recibe una mejor postura, dentro del plazo de la subasta. Bajo tal orden de ideas, el otorgamiento de la buena pro sería la comunicación que el subastador aceptó esa propuesta.

(23) 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*. N° 102, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, p. 123.

(24) *Ibidem*, p. 123.

(25) Igual confusión puede apreciarse cuando en un Informe Práctico se ha escrito: “El Comité Especial concluye sus funciones y debe remitir el expediente de contratación a la dependencia de logística para que tome las acciones tendientes a la **celebración** del contrato”. Sin embargo, a continuación se añade: “Dicha dependencia [refiriéndose a la dependencia de logística] debe citar al postor ganador de la buena pro para **suscribir** el contrato dentro del plazo de cinco días (...)”. Por último, se agrega: “Si transcurrido el plazo antes mencionado la entidad no cumple con convocar al postor para la **celebración** del contrato respectivo (...)” (el resaltado es nuestro). Nos reservamos mayores comentarios. Cfr. “¿Qué debe hacer el ganador de la buena pro si la entidad no quiere celebrar el contrato?”. En: *Revista JUS Doctrina & Práctica*. Grijley, N° 5, Lima, mayo del 2007, p. 412.

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 resaltado es nuestro).

**VI. OPINIÓN SOBRE LA RESOLUCIÓN**

En la materia analizada, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Consucode resolvió no sancionar a Suissegur 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"<sup>(28)</sup>.

(28) Cfr. Res. N° 1771-2009-TC/S4, del 7 de agosto del 2009, f. j. 7.