



Resolución N° 188-2013-TC-S2

Sumilla: *El artículo 148 del Reglamento, no sólo exige el análisis de la oportunidad para citar al postor para la firma del contrato, sino también, supone analizar el otorgamiento de un plazo correcto para remitir la documentación y suscribir el contrato, el cual debe ser cierto o, posible de ser determinado, ajeno a cualquier imprecisión o ambigüedad que induzca a error al administrado.*

Lima,

VISTO en sesión de fecha 31 de enero del 2013, de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1591.2012.TC, sobre el procedimiento de aplicación de sanción al Consorcio Grupo Fernelly S.A.C – Dohen Corporation S.A.C, por no haber suscrito el contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 6-2012/INPE/23 efectuada por el INPE - DIRECCION REGIONAL ORIENTE PUCALLPA para la adquisición de frazadas para internos del establecimiento penitenciario de Huánuco y personal de seguridad de los establecimientos penitenciarios de la Dirección Regional Oriente de Pucallpa y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 9 de agosto del 2012, el INPE - DIRECCION REGIONAL ORIENTE PUCALLPA, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 6-2012/INPE/23, para la adquisición de frazadas para internos del establecimiento penitenciario de Huánuco y personal de seguridad de los establecimientos penitenciarios de la Dirección Regional Oriente de Pucallpa, por un valor referencial de S/. 100,047.48 nuevos soles.

El 24 de agosto de 2012, se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas, presentado ofertas técnicas los siguientes proveedores: Fernando Francisco Sánchez Flores, Comercializadora Santa Raquel, Consorcio Grupo Fernelly S.A.C – Dohen Corporation S.A.C, en adelante el Postor.

El 5 de setiembre de 2012, se publicó en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado, el Acta de otorgamiento de la buena pro, otorgándose la misma al postor.
2. Mediante Carta N° 39-2012/INPE/23.04 de fecha 14 de setiembre de 2012, la Entidad citó al postor para la firma del contrato, otorgándole el plazo de cinco (5) días para que presente la documentación respectiva y en ese plazo suscriba el contrato.
3. El 20 de setiembre de 2012, el Postor remitió, los documentos requeridos para la firma del contrato, adjuntando para ello una garantía de fiel cumplimiento por un importe menor al 10% del monto contractual, siendo observado este hecho por la Entidad.
4. Mediante Carta N° 44-2012-INPE/23.04 del 21 de setiembre de 2012, se le otorgó al postor la posibilidad de subsanar la garantía de Fiel Cumplimiento, debiendo realizar tal corrección el mismo día de su notificación, es decir el 21.09.2012.
5. El 25 de setiembre de 2012, el Postor presentó a la Entidad la Carta Fianza N° 001-0175-9800031656-76 de fecha 25 de setiembre de 2012

6. Con Carta N° 44-2012-INPE/23.04 del 26 de setiembre de 2012, la Entidad le comunicó al Postor que se había producido la pérdida automática de la Buena Pro al no haber suscrito el contrato en el plazo establecido.
7. Con Oficio N° 221-2012-INPE/23 del 29 de octubre de 2012, la Entidad comunicó ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, que el postor adjudicatario no suscribió el contrato; por tal motivo, corresponde imponerle sanción administrativa.
8. Mediante decreto de fecha 5 de noviembre de 2012, se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio conformado por las empresas Grupo Fernelly S.A.C. y Dohen Corporation S.A.C, por su supuesta responsabilidad en no haber suscrito el contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 6-2012/INPE/23.

Asimismo, se otorgó al postor el plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.

9. Con escritos del 3 de diciembre de 2012, la empresas consorciadas Fernelly S.A.C. y Dohen Corporation S.A. presentaron sus descargos en los siguientes términos:

- La Entidad no ha respetado el plazo otorgado para la suscripción del contrato, puesto que, mediante Carta N° 39-2012/INPE/23.04 de fecha 14 de setiembre de 2012, se le proporcionó el plazo de 10 días para remitir la documentación necesaria y suscribir el contrato. Es decir, hasta el 28 de setiembre de 2012. Sin embargo, de manera posterior, con carta de la misma numeración, se dispuso modificar el plazo a 5 días para remitir la documentación y suscribir el contrato, es decir, hasta el 21 del mismo mes y año.
- A pesar de ello, el 20 de setiembre de 2012 se presentó la documentación para la firma del contrato, siendo observada por la Entidad el 21 del mismo mes y año, en lo referido a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, al haberse consignado un monto menor al correspondiente.

En dicha fecha se otorgó la posibilidad de subsanar la garantía de fiel cumplimiento hasta el 21 de setiembre.

- La subsanación al documento cuestionado se realizó el 25 de setiembre de 2012, puesto que en dicha fecha la entidad financiera emitió la nueva garantía y, si bien, se encontraría fuera del plazo de cinco días otorgado por la Entidad, se encuentra dentro del plazo inicial de diez días, por lo que la Entidad debió proceder a la suscripción del contrato.
- No obstante ello, a pesar de no haber vencido el plazo de diez días otorgado por la Entidad, el 27 de setiembre de 2012, la Entidad comunicó la pérdida automática de la buena pro.
- Como se puede verificar, se ha actuado de manera diligente, pues dentro del plazo de diez días otorgado por la Entidad, se subsanó la garantía de fiel cumplimiento.
- No debe imponerse sanción administrativa pues la Entidad no cumplido con los plazos establecidos en el artículo 148 del Reglamento de la Ley, al haber otorgado 10 días y luego haber reducido dicho plazo a 5 días.

Resolución N° 188-2013-TC-S2

10. Con escrito de fecha 6 de diciembre de 2012, se dispuso remitir el expediente la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN

1. En el caso que nos ocupa, se imputa a las consorciadas Grupo Fernelly S.A.C. y Dohen Corporation S.A.C, el no haber suscrito injustificadamente el contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 6-2012/INPE/23 a pesar de haber resultado adjudicado con la Buena Pro; infracción prevista en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (en lo sucesivo, La Ley), norma aplicable al momento de suscitarse los hechos materia de la denuncia.



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.

2. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el 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.**

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.

- 
3. El procedimiento para suscribir el contrato ha sido previsto en el numeral 1) del artículo 148 del Reglamento, y en las bases del proceso, el cual dispone que **dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, la Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole un plazo mínimo de cinco (5) días hábiles y máximo de diez (10) días hábiles para suscribir el contrato.** No obstante, si dicho postor tuviera antes del plazo mínimo establecido la documentación completa requerida, podrá presentarse a suscribir el contrato. El citado dispositivo reglamentario precisa que, en caso de que el postor no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la imposición administrativamente aplicable.

El cumplimiento de este procedimiento es **condición necesaria** para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1) del artículo 51 de la Ley.

4. 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 el 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 imposición de Sanción o el no ha lugar el inicio del procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables".

Acerca de las formalidades seguidas por la Entidad para suscribir el contrato

5. En virtud a lo indicado, cuando el Tribunal evalúe el procedimiento de citación para la firma del contrato, debe verificar los siguientes elementos:
- a) Determinar el plazo correcto del consentimiento de la Buena Pro, tomando en consideración para ello la pluralidad de postores y el tipo de proceso de selección, con la finalidad de considerar el plazo para impugnar;
 - b) Verificar que la carta de citación haya sido notificada, no sólo emitida, dentro de los dos días siguientes al consentimiento de la Buena Pro, debiendo haberse consignado la fecha exacta del diligenciamiento y;
 - c) Constatar que el plazo otorgado para remitir los documentos y suscribir el contrato se encuentre enmarcado en el parámetro legalmente establecido, es decir, no menos a 5 ni mayor a 10 días hábiles.

Sólo cuando de la evaluación realizada, se verifique la inexistencia de irregularidades en el procedimiento antes indicado, este Colegiado procederá al siguiente análisis, que consiste en evaluar la presencia de una causa justificada que exima de sanción al administrado por no suscribir el contrato¹.

6. Fluye de los antecedentes reseñados que en acto privado efectuado el 24 de agosto de 2012, el Comité Especial otorgó la Buena Pro al postor. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75º del Reglamento, el mismo se entiende notificado a todos los postores el día de su publicación a través del SEACE, en el presente caso, el mismo 5 de setiembre del mismo año.

Asimismo, de conformidad al artículo 77º del Reglamento, al haberse presentado tres ofertas, según lo consignado en el acta de otorgamiento de la Buena Pro, el consentimiento se produjo el **12 de setiembre de 2012.**

7. En ese orden de ideas, la Entidad debió citar al Postor dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, esto es, **hasta el 14 de setiembre de 2012,** otorgándole como dispone el artículo 148º del Reglamento y las bases del proceso, **un plazo no menor de cinco (5) días hábiles ni mayor de diez (10) días hábiles,** dentro del cual debía presentarse a la sede de la Entidad para suscribir el contrato.
8. De la revisión a los antecedentes obrantes en el presente expediente, se puede constatar que la Entidad, mediante la Carta N° 39-2012/INPE/23.04 el 14 de setiembre de 2012, citó al Postor para suscribir el contrato en un plazo no mayor a 5 días hábiles, es decir, dentro del plazo señalado en el artículo 148 del Reglamento de la Ley.

No obstante ello, se aprecia que habiendo transcurrido el plazo otorgado, y en razón a que el consorcio denunciado, de acuerdo a lo indicado por la Entidad, no presentó la documentación completa para la firma del contrato, esta última procedió a denunciar los

¹ Debe señalarse que el referido análisis se realiza en virtud a la norma aplicable al presente caso, puesto que a partir del 20 de setiembre de 2012, para la suscripción del contrato no deberá mediarse citación alguna, modificación realizada mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF, publicado el 7 de agosto de 2012 en el Diario Oficial El Peruano.

Resolución N° 188-2013-TC-S2

hechos ante este Tribunal, quien inició oportunamente el procedimiento sancionador de autos.

El documento observado al Postor para la firma del contrato, fue la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0175-9800031656-76, debido a que la garantía presentada había sido emitida por un importe menor al correspondiente para la firma del contrato.

9. Sobre el particular, debe señalarse que si bien, la Carta N° 39-2012/INPE/23.04, notificada el 14 de setiembre de 2012, fue diligenciada oportunamente para la suscripción del contrato, el artículo 148 del Reglamento, como se comentó, no sólo exige el análisis de la oportunidad para citar al postor para la firma del contrato, sino también, supone analizar el otorgamiento de un plazo correcto para remitir la documentación y suscribir el contrato, el cual debe ser cierto o, posible de ser determinado, ajeno a cualquier imprecisión o ambigüedad que induzca a error al administrado, el cual no podría ser menor a cinco ni mayor a diez días contados a partir de la citación.

En el presente caso, si bien la Entidad ha señalado que el Postor no cumplió con presentar la documentación para la firma del contrato, en el plazo otorgado de 5 días, al apersonarse al presente procedimiento, las empresas consorciadas indicaron que fueron citados para remitir la documentación y suscribir el contrato en un **plazo de 10 días hábiles**, razón por la cual, indican que la Entidad no cumplió con el procedimiento de citación, puesto que les comunicaron la pérdida de la buena pro cuando el plazo de 10 días se encontraba vigente.

10. Habiéndose tomado conocimiento de indicios de irregularidad en el procedimiento de citación, este Colegiado analizó la documentación obrante en autos, evidenciando la existencia de dos versiones de la Carta N° 39-2012/INPE/23.04 del 13 de setiembre de 2012, mediante las cuales se habría citado al Postor para la suscripción contractual, distinguiéndose ambas, en el plazo conferido para remitir la documentación y suscribir el contrato, puesto que una de ellas otorgó el plazo de diez (10) días, en tanto que la segunda versión otorgó el plazo de 5 días hábiles para los mismos fines.

Debe señalarse que ambas Cartas N° 39-2012/INPE/23.04, fueron notificadas el 14 de setiembre de 2012, según indicó el Postor, diferenciándose, como ya se indicó, en el plazo otorgado para suscribir el contrato.

11. A efectos de verificar la realidad de los hechos suscitados, en virtud al Principio de Verdad Material, este Colegiado solicitó a la abogada Edith Silvia Ríos Rojas - Directora General del Inpe - Oficina Regional del Oriente, que brinde conformidad a la Carta N° 39-2012-INPE/23.04, mediante la cual se le otorgó al postor el plazo de diez (10) días para la suscripción del contrato.

Como respuesta a tal requerimiento la funcionaria consultada indicó lo siguiente:

"(...) Que, efectivamente, la Carta N° 39-2012/INPE/23.04 del 13 de setiembre de 2012 fue suscrita por mi persona, el cual por un error tipográfico en los plazos para la suscripción del contrato se consideró 10 días hábiles, debiendo ser 5 días hábiles, de acuerdo a lo establecido en las Bases del Proceso, por lo que se procedió a corregir la carta con el mismo número y fecha, notificándose a la empresa Grupo Fernelly S.A.C. & Dohen Corporation S.A.C., con fecha 14 de setiembre de 2012, consignando la fecha de recibido, así como su firma y sello del representante legal."

- 12.** Como se puede verificar, la representante de la Entidad confirmó la existencia de una carta de citación en la cual se otorgó al Postor el plazo de diez hábiles para suscribir el contrato, el cual, según lo indicado por la propia funcionaria consultada, fue modificado a cinco (5) días hábiles, mediante carta con idénticas características a la originalmente suscrita.

Al respecto, debe indicarse que todo documento emitido por la administración pública en el desarrollo de sus funciones, puede ostentar errores o defectos susceptibles de ser modificados o enmendados, para lo cual, la administración deberá emitir un documento rectificatorio, en el cual se precise el error incurrido, se deje sin efecto dicho extremo y se establezca con precisión la parte correcta del acto rectificado, esto con la finalidad de no mantener una expectativa errónea en el administrado y, así evitar perjuicios en su esfera jurídica.

- 
- 13.** De la revisión a la Carta N° 39-2012/INPE/23.04, mediante la cual se le otorgó al Postor el plazo de cinco (5) días hábiles, rectificando el plazo de diez (10) días inicialmente dispuesto, no se evidencia en ningún extremo de dicho documento que se haya dejado sin efecto el primer plazo otorgado, ocasionando que coexistan temporalmente, dos plazos para remitir la documentación y suscribir el contrato, ocasionado de esta manera confusión en el Postor adjudicatario respecto al plazo real en el que debía suscribir el contrato, e imposibilitando a este Colegiado, afirmar fehacientemente, cuál fue el plazo real otorgado por la Entidad para tales fines, pues como se indicó, el plazo debe ser cierto o posible de ser determinado, hecho que no ocurrió en el presente caso, pues se cuenta con dos plazos otorgados en la misma fecha y, para los mismos fines.

- 
- 14.** En tal sentido, de lo expuesto anteriormente, se concluye que no es determinable el plazo otorgado mediante la Carta N° 39-2012/INPE/23, a efectos de validar el procedimiento de citación para la suscripción del contrato y, por tanto, este Tribunal no cuenta con los elementos suficientes para generar convicción acerca de la configuración o no de la infracción imputada a la empresa denunciada.



Consecuentemente, teniendo en consideración que en el trámite del presente procedimiento no se ha llegado a formar convicción respecto de la comisión del ilícito administrativo, tipificado en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, en aplicación del Principio de Presunción de Licitud, establecido en el numeral 9° del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, este Colegiado concluye que no resulta procedente imponer sanción administrativa al Consorcio Grupo Fernelly S.A.C – Dohen Corporation S.A.C, por los hechos expuestos.

- 15.** Asimismo, en virtud a las irregularidades advertidas, este Colegiado considera pertinente comunicar la presente resolución al Órgano de Control Institucional de la Entidad, a efectos que adopte las medidas que considere necesarias.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Mariela Sifuentes Huamán y la intervención de los Vocales Ana Teresa Revilla Vergara y Adrian Juan Jorge Vargas de Zela, atendiendo a la reconfiguración de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012 y, en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

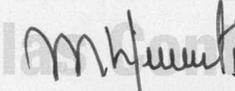
Resolución N° 188-2013-TC-S2

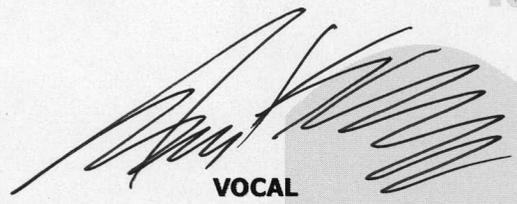
LA SALA RESUELVE:

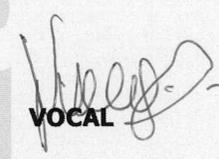
1. Declarar **NO HA LUGAR** la imposición de sanción a las empresas consorciadas Consorcio Grupo Fernelly S.A.C – Dohen Corporation S.A.C, por su supuesta responsabilidad en la no suscripción injustificada del contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 6-2012/INPE/23, infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.
2. Poner la presente resolución en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Organismo Supervisor de
las Contrataciones
del Estado


PRESIDENTA


VOCAL


VOCAL

OSCE

SS.
Sifuentes Huamán
Revilla Vergara
Vargas de Zela.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 3.10.12"