

EVALUACIÓN Y ADOPCIÓN DE UN CRITERIO RESPECTO DE QUE COMO SUPUESTO PREVIO PARA IMPONER UNA SANCIÓN POR LA CAUSAL DE NO SUSCRIBIR INJUSTIFICADAMENTE EL CONTRATO RESPECTIVO, LA ENTIDAD TIENE LA OBLIGACIÓN DE CITAR AL POSTOR ADJUDICATARIO DENTRO DEL PLAZO DE DOS DÍAS HÁBILES SIGUIENTES AL CONSENTIMIENTO DE LA BUENA PRO, CONFORME SEÑALA EL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

EVALUACIÓN Y ADOPCIÓN DE UN CRITERIO RESPECTO DE QUE COMO SUPUESTO PREVIO PARA IMPONER UNA SANCIÓN POR LA CAUSAL DE NO SUSCRIBIR INJUSTIFICADAMENTE EL CONTRATO RESPECTIVO, LA ENTIDAD TIENE LA OBLIGACIÓN DE CITAR AL POSTOR ADJUDICATARIO DENTRO DEL PLAZO DE DOS DÍAS HÁBILES SIGUIENTES AL CONSENTIMIENTO DE LA BUENA PRO, CONFORME SEÑALA EL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

EN SESIÓN DE SALA PLENA DE FECHA 25.06.2009, EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, HA APROBADO LO SIGUIENTE:

EVALUACIÓN Y ADOPCIÓN DE UN CRITERIO RESPECTO DE QUE COMO SUPUESTO PREVIO PARA IMPONER UNA SANCIÓN POR LA CAUSAL DE NO SUSCRIBIR INJUSTIFICADAMENTE EL CONTRATO RESPECTIVO, LA ENTIDAD TIENE LA OBLIGACIÓN DE CITAR AL POSTOR ADJUDICATARIO DENTRO DEL PLAZO DE DOS DÍAS HÁBILES SIGUIENTES AL CONSENTIMIENTO DE LA BUENA PRO, CONFORME SEÑALA EL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

ACUERDO No. 007 /2009 - 25.06.2009

ANTECEDENTES:

En la Tramitación de procedimientos administrativos sancionadores, iniciados como consecuencia de las comunicaciones formuladas por las Entidades, por la causal de no suscripción injustificada del contrato en aplicación del inciso a) del numeral 5.1) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, y del literal a) del numeral 1 del artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, se ha observado que no se cumple con el procedimiento previo que debe seguir la Entidad para citar al postor ganador de la buena pro y para la suscripción del contrato, expresamente regulado en el artículo 148 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo 203 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado[1].

Según lo dispuesto por el artículo 148 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, la Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole el plazo establecido en las Bases, el cual no podrá ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a la sede de la Entidad para suscribir el contrato con toda la documentación requerida. Cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, procediendo conforme al plazo señalado anteriormente. Si éste no suscribe el contrato, dicho órgano declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable.

Similar disposición a la reseñada en el párrafo anterior se encuentra regulada en el artículo 203 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en cuanto a los plazos y procedimiento para la suscripción del contrato.

En este sentido, resulta necesario adoptar un criterio general respecto de los casos indicados, debiendo señalarse que la posición a adoptarse resulta aplicable a los expedientes sancionadores iniciados bajo el amparo del inciso a) del numeral 5.1) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, y al amparo del numeral 1) del artículo 294 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Si bien esta última norma fue derogada mediante el Decreto Legislativo N° 1017, existen en el Tribunal un número significativo de expedientes administrativos sancionadores que derivan de procesos de selección realizados bajo su vigencia; resultando, por tanto, dicha norma la aplicable a esos casos, debiendo tenerse presente que la regulación del procedimiento para suscribir el contrato entre la norma anterior y la vigente es similar.

Por consiguiente, cuando una Entidad cita al postor ganador de la buena pro para que suscriba el contrato, sin haber observado estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa y, posteriormente, comunica a este colegiado la supuesta infracción cometida de no suscripción injustificada de contrato, a fin que se imponga la sanción administrativa correspondiente, dicha Entidad no ha cumplido con una de las condiciones o requisitos mínimos que la normativa establece para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, como es el incumplimiento del procedimiento para suscripción del contrato, por lo que cabe su desestimación, debiendo declararse en dichos supuesto, no ha lugar al inicio del procedimiento sancionador.

Luego de lo cual la ponencia fue sustentada por el señor Presidente de la Tercera Sala, Dr. Víctor Manuel Rodríguez Buitrón, luego del cual los señores Vocales manifestaron sus opiniones y el correspondiente debate;

acordándose, con excepción del voto en discordia formulado por el Dr. Derik Latorre Boza, voto al cual se adhirió la Dra. Janette Elke Ramírez Maynetto; por mayoría:

a) Que en los casos en que se comunique la no suscripción injustificada de 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 el inicio de procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables.

b) Este criterio resulta aplicable a los expedientes sancionadores iniciados bajo el amparo del inciso a) del numeral 5.1) del artículo 5.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, y al amparo del numeral 1) del artículo 294 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Firmado: Salazar Romero, Valdivia Huaranga, Isasi Berrospi, Navas Rondón, Mejía Cornejo, Zumaeta Giudichi y Rodríguez Buitrón.

VOTO EN DISCORDIA DEL DR. DERIK LATORRE BOZA

El suscrito emite el presente voto en discordia, pues discrepa respetuosamente de la decisión de la mayoría y lo sustenta del siguiente modo:

RESPECTO AL PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR LA ENTIDAD PARA CITAR AL POSTOR

1. Sobre este particular, es importante señalar que el artículo 203 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado regula los plazos y el procedimiento para suscribir el Contrato. Para ello, debe tenerse como premisa el hecho de que el artículo 196 establece que, una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el postor ganador, se encuentran obligados a suscribir el contrato respectivo. En el caso del postor ganador, ese mismo artículo señala que, si se negara a suscribir el contrato no será pasible de sanción solamente en el caso de que dicha negativa se haya debido a un supuesto de "imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la Buena Pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal".

Pues bien, queda claro, entonces, que el consentimiento de la Buena Pro obliga tanto a la Entidad convocante como al postor ganador a suscribir el contrato y establece expresamente los supuestos en que, justificadamente, se puede dejar de suscribir dicho contrato.

En ese sentido, el artículo 203-1 establece 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"[2]. Aquí debiera precisarse que lo esencial en este párrafo es que la Entidad debe cumplir con citar al postor para suscribir el contrato, respetando plazos mínimos y máximos para ello, razón por la cual el artículo 196 señala específicamente las responsabilidades de quienes, por parte de la Entidad, se nieguen a suscribir el contrato.

Continuando con el análisis del artículo, se aprecia que el inciso 3 prescribe 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 (5) días hábiles a la Entidad. En estos casos, la Entidad deberá reconocer a favor del postor una cantidad equivalente al uno por mil (1/1000) del monto total de su propuesta económica por cada día de atraso, computado desde el requerimiento y hasta la fecha efectiva de suscripción del contrato, con un tope máximo de cinco (5) días hábiles". Y el inciso 4 añade que "Vencido el plazo sin que la Entidad haya suscrito el contrato, el postor podrá solicitar se deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro. En tal caso, la Entidad deberá reconocerle una indemnización por el único concepto de lucro cesante, cuyo monto deberá ser sustentado por el postor y no podrá ser mayor al diez por cien (10%) del monto adjudicado; sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera corresponder al Titular o máxima autoridad administrativa de la Entidad o al funcionario competente para la suscripción del contrato. De surgir alguna controversia, ésta será resuelta por el Tribunal".

2. Como se aprecia, en todo este procedimiento existe solamente una mención imperativa a un plazo y es la que está referida a la obligación de la Entidad de citar al postor ganador dentro de los 2 días siguientes al consentimiento de la Buena Pro otorgándole el plazo correspondiente para la suscripción del contrato respectivo. Ese es el punto crítico en este caso, pues si la Entidad incumple esta obligación se abre un frente en el que no se han definido, al menos expresamente, las consecuencias que se derivan del mismo. Sobre este particular, la Dirección de Operaciones emitió la Opinión N° 037-2008/DOP, mediante la que se precisó el criterio interpretativo del ente rector de la contratación pública, señalando que frente al incumplimiento de la Entidad de citar en el plazo correspondiente al Postor Ganador "[...] es facultad del postor efectuar dicho requerimiento, en la medida que éste podría optar por esperar la citación de la Entidad, siendo que, a partir de este momento, correrían los plazos con cuenta el postor para entregar los documentos solicitados y perfeccionar el contrato".

Ahora bien, la opinión de la mayoría establece que el Tribunal debe declarar no ha lugar a la imposición de sanción cuando la Entidad ha incumplido el procedimiento establecido en el artículo 203; esta posición resulta adecuada, en relación con el plazo que se otorgue al postor ganador, el mismo que debe respetar los límites mínimos y máximos. Sin embargo, cuando el incumplimiento, como se da en el caso bajo análisis, está referido a que no se haya remitido la invitación dentro del plazo establecido (un aspecto eminentemente formal), lo que se estaría estableciendo, fácticamente, es que el postor ganador en ese caso queda liberado de su obligación de suscribir el contrato, toda vez que no será pasible de sanción por ello; es decir, el incumplimiento por parte de la Entidad de un deber puntual, aunque no esencial para el fin mismo del proceso de selección (la suscripción del contrato), acarrearía, desde ese punto de vista, la liberación del postor ganador de una obligación esencial cuál es la de suscribir el contrato para el cual fue seleccionado, pues libera esa falta de cumplimiento de sanción. Esto constituiría una suerte[3] de instauración de la “excepción de incumplimiento contractual” del Derecho Civil en el ámbito de la contratación del Estado, cuestión que, por lo menos, resulta sumamente discutible, atendiendo a que no hay norma expresa que lo establezca y tampoco existe unanimidad en la doctrina. De ese modo, se ha señalado lo siguiente:

[Héctor Jorge] “Escuela, entonces, si bien rechaza la posibilidad de que en el contrato administrativo pueda plantearse la excepción de incumplimiento de la misma forma como se lo hace en el derecho privado, enseña que ello no significa que ‘accepte que el co-contratante particular quede totalmente desarmado frente al incumplimiento de las obligaciones correlativas de la administración y que deba cumplir las suyas á outrance, puesto que tal resultado sería manifiestamente injusto y también inmoral para la administración pública, que no puede sacrificar de esa manera a quien es su colaborador. En ese sentido, cobra especial importancia la aplicación de la teoría del hecho de la administración, no solo cuando su conducta pueda llevar a la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato, sino sobre todo a la ‘razonable’ imposibilidad de cumplirlo, teoría que guarda perfecta correlación con las exigencias del interés público y los principios de la contratación administrativa”[4].

Vale la pena, entonces, preguntarse si la efectiva citación tardía al postor ganador lo enfrenta a una razonable imposibilidad de cumplir con la suscripción del contrato. La respuesta contundentemente será que no, salvo que se trate de alguna prestación en que los tres días de retraso en esa citación (sin que ello haya motivado el requerimiento por parte del postor) sean de tal gravedad que afecten al particular de modo inevitable.

Incluso este argumento resultaría ciertamente discutible, toda vez que el Código Civil en su artículo 1426 regula esta excepción (exceptio non adimpleti contractus) estableciendo que “En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”. Como puede apreciarse incluso la excepción de incumplimiento permite al afectado por el primer incumplimiento condicionar el cumplimiento de la obligación a su cargo mientras se cumpla la obligación previa, pero no es una liberación de esa obligación contractual.

Ante el incumplimiento de la Entidad, el postor ganador “puede” (norma potestativa) requerir a la Entidad la suscripción del contrato, aplicándole incluso la penalidad prevista y de ahí se deriva la posibilidad de que, manteniéndose la Entidad en una postura de incumplimiento, el postor ganador puede solicitar a la Entidad que se deje sin efecto la Buena Pro, para, de ese modo, liberarse de la obligación de contratar a la que alude el artículo 196. Sobre este particular, la Dirección de Operaciones ha establecido que:

“[...] el ejercicio de dicha facultad eventualmente constituiría condición para que el postor ganador se desligue de su oferta. Ello por cuanto, según lo establecido en el numeral 4 del artículo 203º del Reglamento, si vencido el plazo concedido por el postor, sin que la Entidad haya suscrito contrato, aquél podrá solicitar que se deje sin efecto la buena pro [sic].

“A partir de ello, se deduce que en ningún caso el proveedor podría considerarse eximido de suscribir el contrato por el sólo hecho que la Entidad no lo haya citado dentro del plazo establecido en el Reglamento.

“Como se ha indicado, si el proveedor considera que el retraso en la citación le resulta perjudicial, lo que corresponde es observar el procedimiento regulado en el artículo 203º del Reglamento; es decir, requerir a la Entidad la suscripción del contrato y, transcurrido el plazo otorgado, solicitar se deje sin efecto la Buena Pro”[5]. Respecto a esa solicitud, la norma no señala si se trata de un procedimiento de aprobación automática, lo que parecería ser, o si, más bien, se trata de un procedimiento que requiere pronunciamiento de la Entidad. En todo caso, quizá habría sido mejor establecer que el postor ganador comunique a la Entidad que se deja sin efecto la Buena Pro. Por otro lado, la norma sí establece que la Entidad tiene un plazo para pronunciarse sobre el pedido de indemnización por parte del postor afectado por la no suscripción del contrato, tan es así que si existieran discrepancias sobre el particular, será el Tribunal de Contrataciones del Estado el que resuelva las mismas. Entonces, podemos asumir que es razonablemente implícito que la Buena Pro se dejará sin efecto, en este caso, con la sola presentación de la solicitud del postor ganador (aprobación automática).

3. Ahora bien, ¿qué sucede si el postor ganador no ejerce su potestad de requerir a la Entidad para suscribir el contrato?, ¿el solo vencimiento del plazo de los 2 días para cumplir con dicha obligación lo libera de la obligación de suscribir el contrato y, por ende, de ser pasible de sanción en caso de negarse a suscribir dicho contrato?, o, más bien, ¿puede seguir esperando que la Entidad lo cite?, ¿por cuánto tiempo?, ¿indefinidamente?

Desde mi punto de vista, no puede plantearse una "liberación automática" del Postor Ganador de la Buena Pro motivada en el solo incumplimiento de un plazo por parte de la Entidad (que no es esencial para la finalidad misma del contrato).

Ahora bien, precisar que el postor que no haya cumplido con suscribir el contrato por razones injustificadas, no es pasible de sanción, por el simple hecho de la Entidad no haya cumplido el plazo de 2 días para hacer la citación para la suscripción del contrato, vulnera la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, toda vez que, el artículo 196 del Reglamento establecía que únicamente no serán pasibles de sanción los proveedores que no suscriban el contrato atendiendo a razones justificadas (imposibilidad física o jurídica declarada por el Tribunal). En ninguna parte, la normativa de contratación pública establece que no sea pasible de sanción un postor por el hecho, simplemente, de que la Entidad se tomara un tiempo adicional al que la norma le otorga para citarlo, sin perjuicio de las responsabilidades legales del caso.

Firmado: Ramírez Maynetto y Latorre Boza

[1] Aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 107-2007-EF, publicado el 20 de julio de 2007.

[2] Este artículo tiene su equivalente en el artículo 148-3 del Reglamento DE LA Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, aunque con la precisión de que "el postor podrá requerirla para su suscripción, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido el plazo para suscribir el contrato, dándole un plazo de entre cinco (5) a diez (10) días hábiles". Es decir, durante el tiempo que va hasta el vencimiento del plazo para suscribir el contrato, el Postor Ganador no puede siquiera requerir a la Entidad.

[3] Digo que es una "suerte" de instauración, toda vez que para el caso concreto nos referimos al procedimiento destinado a suscribir el contrato y no al cumplimiento de obligaciones contractuales propiamente.

[4] ESCOLA, Héctor Jorge, citado por COMADIRA, Julio Pablo. "La excepción de incumplimiento contractual en el derecho administrativo argentino". Cfr. en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1626/10.pdf>, p. 126

[5] Opinión N° 037-2008/DOP, de 7 de mayo de 2008