

Introducción al Contrato Administrativo en el Marco del Régimen de Contratación Estatal

Una Aproximación a las Prerrogativas Desbordantes de los Contratos que Celebran las Entidades en el Marco del Régimen de Contratación Estatal

Marco Antonio Martínez Zamora*

RESUMEN:

El autor en el presente artículo analiza, de manera minuciosa, la composición de los contratos que celebra el Estado, resaltando el desenvolvimiento del mismo dentro de la esfera contractual, en cuanto a los derechos y obligaciones que surgen. Así mismo, re conceptualiza los elementos presentes en la contratación pública y presenta un desarrollo más que meramente legislativo, proponiendo un modelo que sea coherente con la naturaleza propia de la institución estudiada. Por último, el autor concluye en la complejidad de la contratación pública, destacando la relevancia que presenta el interés de las partes en la dinámica contratante – contratista.

PALABRAS CLAVE:

Contratación Pública - Estado - Administración Pública - Proveedores - Contratista - Concurso Público - Registro Nacional de Proveedores - Garantías Contractuales.

SUMARIO:

1. MARCO GENERAL.
2. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LEGITIMIDAD ESTATAL.
3. EL ESTADO CONTRATANTE.
4. EL CONTRATISTA.
5. LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR.
6. CONCLUSIONES.

* Abogado especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública, Aseguramiento Universal en Salud y Seguridad Social, egresado de las Maestrías de Derecho con Mención en Derecho Constitucional y de Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos y con estudios concluidos de Doctorado en Derecho. Se ha desempeñado como Vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el período 2002-2005, como Asesor Legal y Consultor de diversas instituciones estatales y privadas, habiendo ejercido la docencia en materias de su especialidad en diversas instituciones académicas del medio, así como socio principal de MZ Consultores. Actualmente se desempeña como árbitro, articulista y consultor especializado en las materias descritas.

1. MARCO GENERAL

El artículo 3° de la LCE¹ define el ámbito del régimen privativo de contratación estatal, tanto desde su ámbito subjetivo (entidades comprendidas), como desde su ámbito objetivo (materias comprendidas). En este segundo aspecto, el numeral 3.2 de dicho artículo, establece que: «*La presente norma se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante*» (El subrayado es nuestro).

Consecuentemente, no será ni el ejercicio de prerrogativas públicas, ni la propiedad de la institución respectiva, la que determine si estamos ante una entidad estatal o privada.

De este modo, el origen de los recursos es un elemento esencial en la definición del régimen de contratación pública, que se refleja tanto en un procedimiento especial del proveedor con el cual se suscribirá contrato, como en reglas diferenciadas en la suscripción y ejecución del contrato, que diferencian los contratos suscritos de este modo, respecto de los supuestos en los cuales ninguna de las partes es susceptible de ser considerada como parte estatal². El objeto de tales reglas diferenciadas, viene a ser justamente el carácter público de los fondos que se utilizan para la satisfacción de una determinada necesidad, que invariablemente corresponderá a la provisión de un bien, la contratación de un servicio o la ejecución de una obra.

En el presente análisis, nos centraremos en las particularidades del contrato administrativo, entendido como aquel que vincula a un privado con una entidad pública, bajo el régimen de contratación estatal y sujeto a las reglas y prerrogativas especiales que surgen entre las partes como consecuencia de ella, diferenciándola de la contratación celebrada bajo el derecho común o privado³. En dicha línea, no debe perderse de vista que ni la LCE ni su Reglamento, pretenden crear una estructura jurídica paralela que regule los contratos suscritos bajo su ámbito, sino únicamente establecer las reglas y procedimientos especiales, que le resultan aplicables, en función a

su naturaleza.

Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación de la entidad con el otro, así como la relación de derechos y deberes que nacen como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la entidad susceptible de ser considerada administración pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual. Por los primeros, la entidad sigue actuando con prerrogativas unilaterales bajo condiciones preestablecidas – tal y como ocurre con la aprobación de adicionales, con la nulidad administrativa del contrato o la aprobación de reducciones, mientras que por los segundos se establece como contraparte, un mínimo establecido por el Estado como aceptable, para un adecuado funcionamiento del mercado en el que participa como contraparte contractual – tal y como ocurre con la cláusula arbitral para la solución de controversias y la aprobación de sus solicitudes en los casos en los cuales la LCE o el Reglamento le da valor afirmativo al silencio que se genere en el contrato.

2. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LEGITIMIDAD ESTATAL

Un hecho que no puede ser soslayado con relación al origen de los recursos que sustentan el régimen de contratación estatal, es que el Estado al recaudar recursos a través del cobro de tributos, regalías por el uso de recursos naturales o por utilidades percibidas por su actividad empresarial o concesionaria; efectúa una actividad redistributiva de los mismos, aplicándolos para el pago de deuda interna o externa, el pago de remuneraciones a su personal o la adquisición de bienes, contratación servicios o la ejecución de obras. Sin que ninguno de tales destinos sea prescindible, sus efectos sobre el país serán distintos.

Así, el cumplimiento de los compromisos asumidos con sus acreedores, dotará de credibilidad a la parte estatal y al país en su conjunto, que de

1 Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 vigente a partir del 1 de febrero de 2009 y modificada por la Ley N° 29873, vigente desde el 20 de septiembre de 2012.

2 Así, un institución de origen claramente asociativa y privada, como el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú o a empresa que ejerce actividades estrictamente comerciales o industriales, pueden ser tenidas como entidades públicas, por el hecho de tratarse de una empresa que administra recursos públicos. Por el contrario, instituciones que ejercen funciones públicas perfectamente definidas, como los colegios profesionales o las universidades privadas, que autorizan el ejercicio de una profesión u otorgan títulos a nombre de la Nación, serán entidades privadas, por estar sostenidas en ingresos que no son considerados como recursos públicos.

3 JUAN ALFONSO SANTA MARIA PASTOR señala que en los contratos administrativos, uno de sus elementos determinantes es que «Una de las partes (...) ha de ser, necesariamente, una entidad calificable como administración pública». En: Principios de Derecho Administrativo, Volumen II Página 202 y siguientes. Segunda Edición, Primera Reimpresión, Colección CEURA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, julio de 2001.

este modo podrá acceder a mejores condiciones de crédito o a líneas de financiamiento que le permitirán obtener en su momento mayores recursos. El pago de remuneraciones a su personal, igualmente, asegurará el personal suficiente para el cumplimiento de sus fines y contribuirá no sólo a mejorar los niveles de empleo o estándares de ingreso, sino que asegurará un mercado interno que tendrá efectos directos en los niveles de producción y crecimiento. Sin embargo, la forma de redistribución del gasto que tendrá los mayores efectos, en su extensión, duración y consecuencias posteriores, es el que se refiere a la contratación estatal para el abastecimiento de las ya referidas necesidades de bienes, servicios y obras.

En efecto, cuando el Estado adquiere bienes, contrata servicios o ejecuta obras, los efectos no se limitan a la relación bilateral que nace del contrato respectivo, sino que se extienden más allá de sus límites, generando un efecto redistributivo del gasto público, que se extiende a los destinatarios finales de tales adquisiciones. Así, por ejemplo, la construcción de una carretera genera en primer lugar un circuito económico alrededor de quien la construye, constituida por sus proveedores, los proveedores a su vez de estos y todo el personal involucrado, incluidos los pobladores de las áreas aledañas.

Del mismo modo, concluidos los trabajos, se iniciará un segundo ciclo, que debe involucrar una más mayor y más extensa rentabilidad, producto del aprovechamiento económico de la obra efectuada, que en el caso de nuestro ejemplo, permitirá establecer circuitos de comercio, turismo o industriales en general. Queda clara la diferencia, entre una obra sin rentabilidad económica o social, sin planificación o simplemente inconclusa, respecto de otra ejecutada con fines y en condiciones ejecutadas: No es lo mismo construir el monumento al árbitro que un hospital. Entenderemos por los mismos motivos, que una entidad que no ejecuta adecuadamente su gasto, no sólo tendrá un perjuicio inmediato, entendido como una obra no ejecutada o un bien no adquirido, sino una mayor consecuencia a largo plazo, entendida como todo lo que perderá la sociedad por la rentabilidad económica o social que ya nunca se generará por el proyecto que ha quedado trunco o por, simplemente, el recurso desperdiciado.

De ahí la importancia en definir cada uno de los elementos que se refieren al denominado contrato administrativo, así como las reglas especiales que determinan cada uno de sus aspectos, desde la

planificación, la selección del proveedor con el cual se suscribirá contrato, así como su propia ejecución, recepción y conformidad. El fracaso de un contrato privado involucra solamente a las partes que lo celebran; por el contrario, el fracaso de un contrato administrativo genera un efecto cascada que puede involucrar a la sociedad en su conjunto o, por lo menos, la que involucra a una región, municipio o comarca determinada.

3. EL ESTADO CONTRATANTE

La actividad estatal estuvo tradicionalmente vinculada con su poder de imperio, es decir con su capacidad de generar efectos jurídicos en el mismo y en terceros, sin necesidad de pacto o acuerdo alguno. Ello ocurre cuando dicta derecho, pero desde el punto de vista de la administración pública, ocurre también cuando genera actos administrativos y dicta reglamentos, que de este modo viene a ser la forma tradicional de ordenamiento de sus actividades de gobierno. Sin embargo, con la consolidación del Estado Moderno, se empieza a generalizar una especialización en los contratos con terceros, para los cuales no alcanza ya los meros límites del contrato civil, de modo tal que empiezan a generalizarse los procesos de contratación de obras públicas y provisión de servicios y, primero de modo restringido al suministro de bienes y luego a la adquisición de bienes los bienes en general, la compra de bienes requeridos para el cumplimiento de sus funciones públicas⁴.

Sobre este tema, ha quedado ya largamente superada la doctrina que diferenciaba entre contratos administrativos y contratos de la administración, según el cual los primeros eran relaciones contenidas de un alto contenido público y elementos estatutarios, mientras que por el otro los segundos eran relaciones en las cuales el Estado se despojaba de su ropaje público y participaba como un contratante privado más. Hoy en día por el contrario, se reconoce que el contrato administrativo no es una nueva forma de contratar ni una forma de negar el acto voluntario de sujeción de las partes, sino que por el contrario, no es más que el contrato tradicionalmente entendido, sujeto a reglas especiales. Siguiendo a GORDILLO: «La temática propia de los contratos administrativos presenta problemas fundamentales que nada tienen que ver con el acto unilateral»⁵

Dicho de otro modo, el contrato administrativo se constituye como un contrato típico, en el que hay un notorio desbalance de las partes a favor

4 JUAN ALFONSO SANTA MARIA PASTOR, Ob.cit. pág. 186 y siguientes.

5 AGUSTÍN GORDILLO. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, Capítulo IV pág. 19. 6ta Edición y 1ra Edición Peruana. ARA Editores y FDA, Lima 2003.

de la parte estatal sin eliminar el acto volitivo de las partes, pero a la vez contiene un contenido garantista básico a favor del contratista, que lo hace incluso más atractivo frente a otras relaciones, estrictamente privada, en la que la diferencia de posición de las partes es igualmente marcada.

Sobre este tema, siguiendo nuevamente a GORDILLO, este define el referido carácter mixto en que: «El contrato es una construcción demasiado específica para como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídicos administrativos. Queda con ello dicho que los contratos se rigen por sus normas y principios especiales y que sólo subsidiariamente, o analógicamente (...) se recurrirá a las normas y principios de los actos unilaterales; al final de cuentas, también se recurre en ocasiones al Código Civil y no por ello se postula que los actos o contratos administrativos dejen de serlo o corresponda abandonar la noción (...)»⁶

Este carácter mixto del régimen jurídico del contrato en el que participa la administración pública, se evidencia en la aplicación de reglas conjuntas que provienen del Derecho Administrativo y las que provienen de la contratación privada, pues independientemente y por separado cada una de ellas no son suficientes para explicar el funcionamiento de las relaciones que surgen entre la Entidad Contratante y el Contratista. Siguiendo a JIMÉNEZ BLANCO, este sostiene que:

«Un conocido investigador francés, Rivero, señalaba que el Derecho Administrativo en relación con el privado, se caracterizaba por la existencia para la Administración de una serie de peculiaridades o privilegios (en sentido literal «ley privada»). Esos privilegios, a su vez, podían ser en más o en menos, que según la dosis de libertad de decisión fueran mayores o menores que las existentes para las partes de una relación jurídica privada. Pues bien, si nos fijamos en las modulaciones que, frente a los contratos privados, presenta los administrativos, nos encontramos con que hay tantas prerrogativas del poder público como garantías especiales del contratista. Tales garantías y prerrogativas obedecen a la idea de

que, para el interés público, el fin del contrato (ejecutar la obra, realizar el suministro, prestar el servicio) es lo verdaderamente importante, mucho más que el objeto de aquél.

Así pues, privilegios contrabalanceados por garantías. Vistas las cosas desde fuera, o, si se quiere hablar así, desde abajo, la idea final resultante es la de una enorme ventaja para la Administración. Aunque luego las cosas no deben ser tan así: Cuando se produce la tentación de «huida» al derecho privado, será porque el resultado final no es ése. Aunque para decirlo todo, lo que supone un engorro para la Administración no está sobre todo en las peculiaridades del régimen jurídico una vea la relación contractual ya formalizada y si en algo previo: los procedimientos de selección del contratista, con su carga de formalidades»⁷

No está demás, llegados a este punto, a hacer referencia al carácter solemne del vínculo entre Entidad Contratante y Contratista, de modo tal que la relación entre ambas no surge de modo espontáneo, sino condicionado al cumplimiento de un conjunto de formalidades previas. El artículo 35° de la LCE establece que «*El contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección*»; mientras que por su parte, el artículo 142° de su Reglamento, establece que: «*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato*».

El contrato administrativo, así descrito, se constituye como un vínculo entre el Estado y uno o más proveedores, por el cual surgen un conjunto de relaciones tanto administrativas como privadas, cuyo graduación queda planteada en el segundo párrafo del citado artículo 142° cuando se señala que: «*El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado*»⁸.

6 AGUSTÍN GORDILLO. Op cit. Pág. 23

7 ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, Los Contratos de la Administración Pública. En: Manual de Derecho Administrativo (Luciano Parejo Alfonso, Antonio Jiménez-Blanco y Luis Ortega Álvarez) Volumen 1, pág. 786. 5ta Edición corregida y aumentada. Editorial Ariel, Barcelona 1998.

8 Esta graduación si bien en apariencia relega la aplicación del derecho privado a una situación marginal y absolutamente residual, en defecto de cualquier otra fuente de derecho administrativo, en los hechos no lo es tal, puesto que tal como hemos ido indicado, no resulta posible ni necesariamente compatible con su naturaleza, la aplicación de las reglas propias del acto administrativo ni del derecho estatutario, a las relaciones del contrato administrativo, el que se encuentra mucho más cerca – para todo lo implica cláusulas desbordantes – al derecho privado. De este modo, la remisión a las reglas del derecho privado, será constante y reiterada, siendo un elemento central del análisis jurídico, como se puede observar en la actividad arbitral.

4. EL CONTRATISTA

Junto con el Estado Contratante, el segundo actor del contrato es por supuesto el contratista, entendido como el actor privado que hace las veces de contraparte del Estado y que, para adquirir dicha condición, se somete a las reglas preestablecidas definidas por aquel. En este tema, existen dos elementos que caracterizan al contratista del Estado: i) Su forma de selección (compromiso precontractual); ii) Las garantías o compromisos que le reserva el Estado (compromiso contractual).

4.1. Sobre la determinación del contratista.

Uno de los elementos principales del régimen de contratación estatal, es justamente la forma en la cual se determina a quien tendrá la calidad de contratista. Este es seleccionado de dos maneras distintas: i) o bien mediante un conjunto de pasos o procedimientos conocidos de modo impropio como *Proceso de Selección*⁹; ii) O bien mediante mecanismos de contratación directa, en los que sustituye un proceso de selección potencialmente disputado¹⁰, por una decisión inmediata, en los casos establecidos en la ley¹¹. En todo caso, estamos o bien ante selecciones debidamente procedimentalizadas o bien ante contrataciones directas limitadas a casos taxativamente establecidos.

Es importante tener en cuenta, en este rubro, que no cualquier persona natural o jurídica puede acceder a la condición de proveedor del Estado. Existen dos límites: Uno de carácter prohibitivo (personas naturales o jurídicas que no pueden ser proveedores del Estado en todo el territorio nacional o en un ámbito más limitado); otro de carácter inhabilitante (personas naturales o jurídicas que si bien potencialmente pudieron ser proveedores del Estado, han sido excluidas de dicha posibilidad, en función a una sanción impuesta por el Estado, que les ha excluido de dicha posibilidad).

4.1.1. Proveedores impedidos de contratar con el Estado

Sobre el primer grupo, si bien se puede hablar - en términos generales - de un derecho a contratar con el Estado, como consecuencia del origen de los recursos que éste dispone, no es menos cierto

que las mismas reglas establecen excepciones a su aplicación con carácter universal, contemplándose los casos en los cuales una persona natural o jurídica no puede ser contratista e incluso postor en un proceso destinado a adquirir un bien o contratar un servicio u obra. Tales exclusiones, sin embargo, dada su propia naturaleza de normas de excepción, no pueden ser aplicadas de modo extensivo a otros supuestos que no se encuentren expresamente contemplados en él, puesto que de otro modo se estaría dejando a consideraciones de orden puramente subjetivo, la determinación de quien puede y quien no puede ser proveedor del Estado.

Respecto del universo de personas naturales o jurídicas que no puede participar y, por ende, contratar con el Estado, en los diversos procesos que este convoque para adquirir un bien o contratar un servicio u obra; ya sea por su alta investidura nacional, regional o municipal, el grado de participación en las necesidades de la entidad, su vinculación con tales impedidos, tal como el caso del cónyuge, conviviente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, nos corresponderá determinar a su vez el alcance de las limitaciones que les han sido impuestas por el Legislador, ya sea en las actividades que desarrollen de modo personal, como aquellas en las que participen como accionistas o como representantes o apoderados de personas naturales o jurídicas. El universo de tales impedidos, se haya debidamente delimitado en el actual 10° de la LCE.

4.1.2. Proveedores inhabilitados para contratar con el Estado

A diferencia del grupo anterior, en estos casos en principio el proveedor si tenía aptitud para contratar con el Estado, pero la comisión de un acto imputable a su parte ha determinado su inhabilitación para contratar en vía administrativa, es decir tienen su origen en una conducta del propio proveedor, que determina que para la Administración dicha persona natural o jurídica deja de ser un proveedor deseable, excluyéndolo de modo temporal o definitivo de toda opción de ser contratista. Tal potestad de la administración actualmente se encuentra regulada en el artículo 51° de la LCE y en los artículos 235° y siguientes de su Reglamento.

9 En estricto todo conjunto ordenado de pasos para la adopción de una decisión administrativa, viene a ser un procedimiento, antes que un proceso.

10 En el caso de los procedimientos de selección que denominamos «*Disputados*», se determina al postor adjudicado, puede aunque no sea necesario (salvo en subastas inversas), contar con dos o más postores, los que eventualmente podrían incluso plantear recurso de apelación de estar disconformes con los resultados. En las adjudicaciones inmediatas, tal posibilidad no existe, porque simplemente no hay proceso: se adjudica directamente a un único proveedor previamente determinado.

11 Nos referimos a las adjudicaciones en vía de exoneración, por contrato complementario, así como las adquisiciones de bienes y servicios que no superen las tres (3) UIT.

Sobre el tema, queda claro que no todas las responsabilidades a cargo de los postores se encuentran en el ámbito del interés privado o particular. Frecuentemente ellas desbordan el ámbito de las meras propuestas y su evaluación para involucrar otros valores debidamente positivados como obligaciones cuya trasgresión involucra la comisión de infracciones administrativas. En tales casos, la responsabilidad resultante será independiente del resultado obtenido en el proceso de selección, persiguiendo al administrado aún cuando largamente haya concluido la etapa selectiva. Estamos pues ante las infracciones, penales y administrativas. Nos concentraremos en las segundas, que son las que se encuentran dentro de nuestra esfera de análisis: Ellas involucran la afectación de aspectos tales como la afectación de la presunción de veracidad, la falta de seriedad de las propuestas (no suscribir el contrato), el incumplimiento contractual, la afectación de la libre competencia, el postular o suscribir contrato estando impedido para contratar con el Estado o careciendo de inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, entre otros.

En tales casos, El carácter implícito de la potestad de la administración pública para imponer sanciones, ha quedado suficientemente refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución del Estado, hecho que se encuentra refrendado – de manera unánime – en el universo de las resoluciones emitidas sobre materia sancionadora administrativa por parte de dicho órgano en el período comprendido entre los años 1997 y 2005. Demás está recalcar dicha importancia, atendiendo que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en el caso nacional no existe un reconocimiento explícito, de lo que se infiere que el ejercicio de tal potestad – de conformidad con los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional – no se encuentra supeditado a una eventual redacción literal en la Constitución¹².

Así tenemos que en la resolución recaída en el Expediente N° 1003-98-AA/TC¹³ el Tribunal

Constitucional, en el numeral 6 de sus fundamentos, estableció que:

«La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3º, Constitución), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales (...)» (El subrayado es nuestro).

Asimismo, en la resolución recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC¹⁴ el Tribunal, en el numeral 8 de sus fundamentos, estableció que:

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional en el expediente de Amparo N° 2050-2002-AA/TC resuelto el 16 de abril de 2003, ha señalado de modo claro que *«(...) Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (...)»*¹⁵. Se reconoce de este modo la existencia de un Derecho Sancionador General, común a toda actividad represiva lícita ejercida por el Estado, que si bien tiene en el Derecho Penal su principal desarrollo, lo desborda a fin de extenderse sobre otras áreas distintas a éste último.

Por su parte, en el Expediente N° 1529-2004-AA/TC¹⁶ el Tribunal, en el numeral 1 de sus fundamentos, refiere que:

«La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración; como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3.º, Constitución Política), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución y de los principios constitucionales

12 Cabe precisar que si bien la absoluta mayoría de la jurisprudencia administrativa está referida a casos en los que la administración ha impuesto sanciones de orden disciplinario, es decir a su personal y no a sanciones administrativas dentro del marco de nuestro objeto de estudio. Ello sin embargo no resta validez a los criterios que se describen, en atención a que han sido planteados de modo genérico teniendo como referente al Derecho Administrativo Sancionador; es más, sin temor a error, puede afirmarse que en realidad es la figura del derecho disciplinario la que es equiparada en su tratamiento y condiciones a la que corresponde al marco de actuación de la sanción administrativa, en una tendencia que será tratada con más detalle en el Capítulo 2.

13 Caso seguido por José Miguel Alarcón Menéndez contra la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima.

14 Caso seguido a favor de Carlos Israel Ramos Colque contra la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

15 Carlos Israel Ramos Colque contra la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Tal como se ha adelantado anteriormente, existe una fuerte tendencia jurisprudencial a equiparar analizar toda forma de sanción a las reglas del Derecho Sancionador General, con inclusión de aquellas que tienen un carácter disciplinario, tal como el presente caso analizado. En todo caso, dan lugar a desarrollos interpretativos válidamente extrapolables al Derecho Sancionador propiamente dicho.

16 Caso seguido por Ambrosio Sandoval Tejada contra la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

y, en particular, de los derechos fundamentales»
(El subrayado es nuestro).

Tal posición, se encuentra acorde con los criterios adoptados por diversos organismos internacionales, bajo la necesidad de establecer lineamientos mínimos de acción a una potestad sancionadora de la Administración que se da por sentada y cuyo ejercicio no se cuestiona en tanto se encuentre adecuado al respecto de las normas que se consideren esenciales para infringir daños lícitos, de carácter sancionador, a los administrados.

Es el caso del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo respecto los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, así como el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de las denominadas garantías judiciales del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, las que a su entender se extienden también a otros actos del Estado que puedan afectar el derecho de las personas, incluidos aquellos dictados por la Administración¹⁷, lo que lleva a afirmar a Remotti Carbonell al referirse a las garantías del debido proceso que estas «(...) se proyectan a toda actuación del Estado que implique el ejercicio de su poder sancionador o que pueda afectar el ejercicio de los derechos. Así pues aún cuando el artículo 8º de la Convención tenga el rótulo de garantías judiciales, la Corte ha establecido que garantías del debido proceso no sólo vinculan a las autoridades judiciales en las diversas materias como la penal, civil, laboral o fiscal, etc., sino que alcanzan a todo tipo de procedimientos y órdenes que ejerzan funciones jurisdiccionales, sea administrativa, legislativa o judicial»¹⁸.

4.1.3. Inscripción en el Registro Nacional de Proveedores

Un tercer elemento a tener en cuenta es que, hoy en día todo proveedor del Estado para acceder a un contrato en el régimen de contratación estatal, debe estar previamente registrado en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Se trata de un requisito formal, pero estrictamente necesario para tener la condición de proveedor del Estado.

4.2. Sobre las garantías o compromisos al contratista.

Un segundo elemento que caracteriza al contratista es el que se refiere a las garantías que recibe del Estado. No nos referimos en esta línea

a las garantías formales (dinero o instrumentos financieros), sino a los compromisos que establece el Estado a fin de brindar un marco mínimo de seguridad a su proveedor, que de otro modo tendría una vinculación absolutamente desigual e intolerable, que en el fondo revertiría en un menor número de postores y, con ello, en menor calidad y mayor precio de las adquisiciones estatales. En esta línea, las garantías al contratista tienen un doble fin: i) por un lado reducir el impacto de la posición desigual de las partes y; ii) alentar un mayor número de proveedores del Estado.

Sobre este tema, es importante traer a colación a Antonio Jiménez Blanco, cuando sostiene que: *«En cuanto a las garantías del contratista, superiores también a las existentes en el régimen común, pueden sintetizarse en su derecho al equilibrio económico de las prestaciones, derecho que puede hacer valer ante todos los factores endógenos o exógenos que hayan alterado las condiciones inicialmente acordadas. En las expresivas palabras de Parada, es como si todas las reglas de la contratación administrativa, al igual que los diez mandamientos, se resumieran en dos, que en este caso son, de una parte, que la Administración hace y deshace, compone, modula y arregla a su criterio las prestaciones debidas por el contratista y, de otra, que éste tiene el derecho a salir económicamente indemne de esta aventura contractual, de la misma forma que en el contrato de mandato el mandatario repercute en el mandante todos los daños y gastos que el cumplimiento de lo acordado y las instrucciones de éste le hayan ocasionado»*¹⁹

Podemos sintetizar estos compromisos o garantías del Estado hacia el contratista, en tres grupos: i) la sujeción a un marco legal que le impone obligaciones, pero igualmente define el límite de las actuaciones de la Administración; ii) el régimen de aprobaciones por silencio de la entidad contratante; iii) la posibilidad de resolver las controversias que se susciten entre las partes por un tercero distinto a ellas, que no constituya un órgano o parte de la Administración (El arbitraje).

El primero, de ellos, es decir el marco legal definido, viene a ser la garantía general. El régimen de contratación pública establece un marco de actuación decididamente desigual, a favor de la parte estatal (como no puede ser de otro modo teniendo en cuenta de que su objeto es regular la adecuada utilización de los recursos públicos), pero que establece también los límites de dicha desigualdad, de modo tal que todo

17 Caso Tribunal Constitucional contra el Perú, sentencia sobre el fondo, fundamentos 70 a 71,

18 JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL «La Corte Interamericana de Derechos Humanos Estructura, funcionamiento y jurisprudencia», Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003, pág.343.

19 ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO. Op. Cit. Pág. 787.

otro tratamiento discriminatorio no previsto en la ley y en su reglamento, serán desestimados y fácilmente replicables. Ello tiene su sustento tanto en el principio de legalidad propio del accionar administrativo, como también en la tipificación del contrato administrativo, que tiene un contenido mínimo sobre el cual las partes no pueden desprenderse siendo nulo todo pacto en contrario²⁰.

De hecho, todo mandato legal que establece una obligación imperativa al contratista, le implica también una garantía respecto a la imposibilidad de hacer más gravoso el requisito. Es el caso de la garantía por fiel cumplimiento del contrato, establecida en el 10% del monto contractual, que no podrá ser elevada por la entidad a un porcentaje mayor, porque la norma no se lo permite al ser una disposición de carácter necesario, como ocurre igualmente con la propia obligación de contratar, que así como establece los plazos en los cuales debe apersonarse el proveedor seleccionado con la documentación completa, igualmente señala los casos en los cuales el proveedor puede verse liberado de su obligación, ante la inacción de la entidad.

5. LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR

Un primer hito a destacar en el contrato administrativo, es su carácter necesario. Es decir, cumplido el procedimiento establecido para la selección del proveedor adjudicado, surge una relación obligatoria entre la Entidad y el Contratista, que no se hace exigible en el acto de formalización del contrato, sino que de modo anterior, con el sólo acto de adjudicación, una vez consentido²¹. Esta obligación de contratar, sin embargo, no está trazada de modo unilateral, sino que concierne a ambas partes, siendo antes bien que una prerrogativa de la Administración, una garantía al proveedor adjudicado, tal como se aprecia del segundo párrafo del artículo 142° que a la letra refiere que:

«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.»

El mismo artículo, establece los supuestos excepcionales en los cuales la entidad puede negarse a suscribir contrato, los que se limitan a «(...) razones de recorte presupuestal

correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada», siendo que «(...) la negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad, en el responsable de Administración o de Logística o el que haga sus veces, según corresponda».

Toda demora de la entidad en suscribir contrato acarreará consecuencias económicas en su perjuicio y, tal como veremos más adelante, incluso la posibilidad de exigirle al proveedor seleccionado la suscripción del contrato.

De modo correspondiente, la negativa del proveedor adjudicado, para suscribir contrato, es considerada infracción administrativa, debidamente tipificada en el literal a) del artículo 51° de la LCE y en el literal a) del párrafo 1 del artículo 237° de su Reglamento, estableciéndose como únicas excepciones los casos de imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la Buena Pro que no le es atribuible, siempre que dicha imposibilidad sea declarada por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Llegados a este punto, cabe preguntarnos: ¿En cuáles casos el Tribunal de Contrataciones del Estado considera que existe causal eximente del contratista para suscribir contrato? La respuesta es esencialmente jurisprudencial y está ligada a dos posibles tipos de hechos: i) Hechos sustantivos, que hicieron inviable sin culpa del proveedor la suscripción del contrato; y ii) Hechos de forma, que igualmente eliminan o relativizan la obligación de contratar. En el primer caso, estamos ante la variación de las condiciones objetivas que hacían posible tal suscripción del contrato y; en la segunda, el incumplimiento de la entidad de una obligación de forma, cuya falta de observancia, libera al proveedor seleccionado de su deber de contratar.

5.1. La excepción sustantiva al deber de contratar

Tal como hemos señalado, la propia definición de la obligación de contratar establece la obligación del proveedor seleccionado para suscribir contrato, de modo tal que en los hechos, se encuentra vinculado a la entidad desde el momento mismo de la presentación de su propuesta y sujeto a la condición de resultar ser el proveedor adjudicado con la Buena Pro. Este mismo carácter obligatorio

20 Un caso característico de esta disposición es la que se refiere a las cláusulas obligatorias en los contratos (Art. 40° de la LCE, dentro de las cuales establece las garantías del contratista a favor de la Entidad, la resolución del contrato por incumplimiento, pero también el régimen de solución de controversias vía conciliación o arbitraje).

21 Artículo 137° del Reglamento de la LCE. En realidad, para el proveedor la sujeción surge antes, con el mero acto de presentación de su propuesta, momento a partir del cual no puede desistirse de sus términos ni rehusar una eventual futura adjudicación.

establece que tal exigencia tiene como límite, la existencia de causas justificadas que hicieron imposible la suscripción del contrato, sin culpa de dicho proveedor.

La gama de supuestos en los cuales el proveedor cuenta con una justificante a la infracción de su deber de contratar es amplia, pero esencialmente de evaluación jurisprudencial. Sobre el tema, un ejemplo lo tenemos en la Resolución 1916-2009-TC-S4²², que equipara la causal eximente con la existencia de un hecho que afecta la previsión de documentos y tiempos para la firma del contrato, tal como se aprecia de los numerales 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de su fundamentación, al señalar que:

«La causal imputada 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 sea porque no cumpla con presentar los documentos indispensables para tal fin.

Atendiendo lo expuesto, corresponde que este Colegiado se pronuncie acerca de si la omisión de suscribir el contrato por parte del postor ganador de la buena pro resultó justificada o no, en tanto que solamente la omisión injustificada por causas atribuibles al Postor es sancionable administrativamente.

Con relación a los hechos denunciados, el Postor ha afirmado en sus descargos que la omisión de suscribir el contrato se debió a circunstancias completamente ajenas a su voluntad, por cuanto le fue imposible conseguir la Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento dentro del plazo otorgado por la Entidad. Al respecto, afirma que con fecha 23 de marzo de 2009, tres días antes del otorgamiento de la buena pro, se produjo el fallecimiento de su Gerente General, el señor Máximo Béjar González, por lo que con fecha 30 de marzo de 2009 procedieron a solicitar ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE REGISTROS PÚBLICOS la inscripción del nuevo Gerente General en la partida correspondiente, ya que de acuerdo a sus estatutos su representante legal tenía poder único y no existía Directorio.

De esta manera, con fecha 1 de abril de 2008 se inscribe en Registros Públicos el cambio de Gerente General de la empresa. Sin embargo, el Registrador encargado de dicho trámite consignó erróneamente el DNI del nuevo Gerente General, lo cual obligó a la empresa a requerir la rectificación correspondiente con fecha 3 de abril

de 2009, la misma que recién fue inscrita el 8 de abril de 2009. Los días siguientes (9, 10, 11 y 12 de abril) correspondieron a días no laborales por Semana Santa, por lo que no fue posible tramitar en dichas fechas la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento. Así, pese a que se hicieron las gestiones para que la Carta Fianza fuera emitida el 13 de abril de 2009, la Entidad Bancaria recién la expidió el 14 de abril de 2009, es decir, un día después del vencimiento del plazo para la firma del contrato.

Con relación a los hechos descritos, cabe señalar que el Postor ha presentado la documentación sustentatoria de sus afirmaciones. (...) Finalmente, ha presentado copia de la Carta Fianza N° 010112731, emitida por el Scotiabank Perú, de fecha 14 de abril de 2009.

Ahora bien, como se señaló en los párrafos precedentes, el artículo 137 del Reglamento establece que los postores se encuentran obligados a suscribir el contrato en caso de ser favorecidos con la Buena Pro, caso contrario serán pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la Buena Pro que no le es atribuible.

En el presente caso, nos encontramos que luego de otorgada la Buena Pro, el Postor se vio obligado a realizar un trámite adicional no previsto para la suscripción del contrato, esto es, el cambio de su Gerente General, toda vez que éste falleció apenas dos días antes del otorgamiento de la buena pro y cuando el proceso ya se encontraba en curso. Nótese que el Postor solicitó la inscripción correspondiente un día hábil después de haber sido notificado de la Buena Pro del proceso de selección, lo que demuestra que actuó diligentemente a efectos de conseguir la documentación necesaria para la firma del contrato. Sin embargo, una vez realizada la inscripción, se verificó que en la misma existía un error material, por lo que fue necesario realizar el trámite de rectificación correspondiente. Este segundo hecho, a criterio de este Colegiado, constituye claramente un caso de fuerza mayor, y justifica el retraso del Postor en tramitar la Carta Fianza necesaria para la firma del contrato.

Sobre el particular, la doctrina especializada sobre el tema ha desarrollado los requisitos para que un hecho se configure como de fuerza mayor, los cuales además deben ser concurrentes. En ese sentido, dicho acontecimiento debe ser extraordinario, es decir, que las circunstancias en las cuales se presente deben ser excepcionales e irrumpir en el

22 Procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa CASA KING S.A.C., por su supuesta responsabilidad en no haber suscrito injustificadamente el respectivo contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva ¹ 001-2009-SUNASS.

curso de la normalidad. Asimismo, el hecho debe ser *imprevisible*, es decir, que en circunstancias ordinarias no habría podido predecirse su ocurrencia. Y finalmente el acontecimiento debe ser *irresistible*, es decir, que su ocurrencia no haya podido ser evitada o frenada.

Al respecto, se observa que el error material incurrido por el Registrador encargado de la inscripción del título de la variación del Gerente General de la empresa es en efecto un hecho que escapa de las circunstancias normales, y que no pudo haber sido previsto o evitado por el Postor ni aunque se hubiera actuado de la forma más diligente posible, ya que escapaba de su radio de acción.

Dichas circunstancias, como ha manifestado el Postor en sus descargos, le impidieron tramitar la Carta Fianza con la Entidad Bancaria con tiempo suficiente para que estuviera lista para la firma del contrato, ya que su anterior Gerente General era el único que tenía poder suficiente para realizar dicho trámite y porque además, la rectificación fue inscrita justo antes de un feriado largo, impidiéndole tramitarla con el tiempo necesario para su oportuna expedición.

Sobre esto último, debe tenerse presente que la no presentación de la Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento imposibilitaba la suscripción del contrato, por cuanto el Reglamento exige la presentación de dicho documento para la realización de dicho acto.

Debe resaltarse, finalmente, que la propia Entidad reconoce haber sido comunicada del fallecimiento del Gerente General de la empresa CASA KING S.A.C. con fecha 31 de marzo de 2009, habiéndosele informado, además, que se encontraba en trámite la inscripción de quien lo sustituiría. Asimismo, la Entidad también manifiesta que el Postor se apersonó el día del vencimiento del plazo otorgado con toda la documentación requerida, a excepción de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento (...).

Como puede apreciarse, el Postor mantuvo informada a la Entidad de los hechos descritos y presentó la documentación necesaria para la firma del contrato, de lo que se colige que en todo momento tuvo la intención de suscribir éste, pero que le fue imposible hacerlo dado el retraso producido, el cual, como se ha indicado en los párrafos precedentes, no le es atribuible.

(...)

En consecuencia y en atención a los fundamentos expuestos, corresponde declarar no ha lugar la imposición de sanción administrativa a la empresa CASA KING S.A.C.»

Tanto en este, como en otros casos similares que por razones de espacio no transcribimos, el elemento determinante en el análisis del Tribunal de Contrataciones del Estado para determinar la causal eximente, es la ocurrencia por un lado, de un hecho que ha imposibilitado completar la documentación o la propia presencia del postor y, por el otro, la voluntad de este por intentar suscribir contrato, evidenciada con actos que manifestasen su interés por contratar con el Estado, aunque dicho interés no hubiese llegado a un feliz término. En otras palabras, que se evidencia que pese a la causal que justifica la no suscripción de contrato, el proveedor adoptó los pasos conducentes para ello.

5.2. La excepción de forma al deber de contratar

En este segundo rubro, estamos ante supuestos en los cuales no se analiza la posible causa justa para no suscribir contrato en la oportunidad adecuada, sin la omisión de un vicio de forma por parte de la entidad contratante. Nos referimos esencialmente a defectos en el procedimiento de emplazamiento del postor favorecido con la Buena Pro, para que firme contrato.

En estos casos, el hecho que determina la inexistencia de sanción y la consecuencia exención de sanción, no recae en terceros, en caso fortuito o fuerza mayor, sino exclusivamente en el incumplimiento de una conducta formal por parte de la propia entidad, es decir de la interesada inmediata en el perfeccionamiento del contrato.

Sobre este tema, cabe traer a colación lo señalado en la Resolución 1863-2009-TC-S3²³, que en los numerales 3, 7, 8, 9 y 10 de su Fundamentación señala lo siguiente:

«El procedimiento de citación, cuya observancia es condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades de carácter administrativo, se encuentra previsto en el artículo 203 de El Reglamento y dispone que para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, se

23 Expediente N° 2296/2008.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa VHL Corporation S.A.C., por su supuesta responsabilidad en la no suscripción injustificada del contrato derivado del Concurso Público N° 001-2007-DISA.V.LC (Primera Convocatoria), realizada por la Dirección de Salud V Lima Ciudad del Ministerio de Salud para contratar el servicio de impresiones de formatos varios para la Dirección de Salud V Lima Ciudad

requiere previamente acreditar que, La Entidad **dentro de los dos (02) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro** haya citado al postor ganador, otorgándole un plazo mínimo de cinco (05) días hábiles y máximo de diez (10) días hábiles dentro del cual deberá presentarse a suscribir el contrato con toda la documentación requerida.

(...)

Asimismo, es pertinente mencionar que conforme a lo dispuesto por el artículo 196 de El Reglamento, una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el postor ganador de la buena pro están obligados a suscribir el o los contratos respectivos. En caso que el ganador se niegue a suscribir el contrato, será pasible de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevinida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible.

(...)

En efecto, de conformidad con el Acta de Otorgamiento de la Buena Pro que obra en el SEACE El Postor fue el único participante en el ítem 01 de este proceso de selección, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 135 y 137 de El Reglamento el acto de otorgamiento de la buena pro quedó consentido el mismo 04 de diciembre de 2007.

En tal sentido, y en atención a lo prescrito por el citado artículo 203 del Reglamento, La Entidad debió citar a El Postor máximo el **06 de diciembre de 2007**, sin embargo, según se aprecia de Oficio N° 1977-2008-OA-CSJLO/PJ la citación se realizó el **19 de diciembre de 2007**, fecha posterior a la legalmente permitida, de donde se colige que La Entidad no ha cumplido con el procedimiento de citación establecido en la norma de contrataciones.

Y es que, si bien la norma de la materia establece que el postor ganador de la buena pro perderá automáticamente la buena pro cuando no se presente dentro del plazo otorgado, ésta norma también establece un plazo máximo de cumplimiento obligatorio por parte de La Entidad para la citación del postor.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se verifica que la Entidad no observó el procedimiento establecido para la suscripción del contrato, cuyo cumplimiento supone una condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1) del artículo 294 del Reglamento.»

Esta resolución se refiere al caso más frecuente de vicio formal, que es el referido a la citación del postor luego de transcurridos los dos días como máximo para la citación para la firma del contrato, una vez consentida la buena pro. No es el único caso, pues se incluye también en este rubro los supuestos en los cuales la entidad no citó adecuadamente al postor ganador, o bien porque no detalló todos los documentos necesarios para la suscripción del contrato o bien porque exigió para su firma documentos que no estaban previstos en las Bases. En todo caso, estamos ante el común denominador de un hecho de forma imputable a la entidad, que constituye el detonante por el cual no se suscribe el contrato.

No debe olvidarse que una consecuencia accesoria de la no suscripción del contrato por causa no imputable al proveedor adjudicado con la buena pro, será la imposibilidad de la entidad de ejecutar la garantía de seriedad de oferta, habida cuenta que esta sólo realiza cuando no se suscribe contrato por causa imputable al adjudicatario.

6. CONCLUSIONES

El régimen de contratación pública, es un modelo complejo que conjuga diversos intereses, tales como el del Estado de satisfacer sus necesidades de bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles y, del proveedor privado, de acceder a su vez a un contrato que le devengue la utilidad correspondiente. Sin embargo, el interés público que se encuentra en medio de ambos intereses ha dado origen a un conjunto de reglas típicas, que dotan de una particularidad a la contratación administrativa, que sin diferenciarla del todo de la contratación privada, la dota de un contenido especial.

Tal contenido especial, puede apreciarse claramente del rol que la norma le asigna a la Administración como parte contratante, al contratista – tanto en su acceso al contrato administrativo (procedimiento de selección) como a sus reglas de ejecución, como también en el procedimiento de perfeccionamiento y en las reglas de liberación de responsabilidad en él establecidos.

En todo caso, estamos ante un tema dinámico, que requiere su constante adaptación a mecanismos que fomenten el éxito en los contratos administrativos, sin perder en dicho intento el balance entre los intereses de las partes y el reconocimiento de garantías esenciales al proveedor, en un contexto en el cual el Estado tiene la capacidad de establecer las reglas privativas de su vinculación para la satisfacción de las necesidades públicas. ■