

Algunos comentarios civiles con relación a la Contratación Administrativa (Primera Parte)



MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial de la
Universidad de Lima.

Miembro del Consejo Consultivo de la Revista **ADVOCATUS**.



Sumario:

- I. Introducción.
- II. Impedimentos y capacidad.
- III. Convocatoria a proceso de selección e invitación a ofrecer.
- IV. Celebración del contrato y perfeccionamiento constitutivo.
- V. Contenido del contrato y acuerdo no paritario.
- VI. Pagos, intereses y penalidades.
- VII. Comentario final.

"Ordinariamente nos convencen mejor aquellas razones que nosotros mismos encontramos, que las que proceden de otros".

PASCAL

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo representa algunas de las reflexiones que hemos compartido en el aula universitaria¹ sobre la pertinencia de diversos conceptos del Derecho Civil con relación a sendos aspectos de la contratación administrativa, trabajo en el cual pretendemos destacar la necesidad y/o conveniencia de que el operador jurídico tenga presente los alcances de los señalados conceptos civiles. Se trata, en buena cuenta, de un ensayo cuya pretensión no es otra que proponer algunas interpretaciones sobre determinadas normas de la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo reglamento, aprobados por Decreto Legislativo No. 1017 (en lo sucesivo, la Ley) y Decreto Supremo No. 184-2008-EF (en lo sucesivo, el Reglamento), respectivamente, para desentrañar de mejor manera sus alcances, considerando la aplicación del Código Civil en lo que resulte pertinente.

El amplio contenido de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento nos permite asociarlo con distintas nociones y figuras del Derecho Civil, eje del Derecho Privado, lo cual ratifica que aquel es ciertamente el tronco de nuestro ordenamiento jurídico; en dicho sentido, con la presente entrega estamos realizando un primer conjunto de comentarios respecto de distintos aspectos de la contratación administrativa.

Queda pendiente una ulterior entrega respecto de otros temas con relación a los cuales, por causas de tiempo imputables al suscrito, no podemos realizar su presentación como habíamos programado. Confiamos en todo caso que, como generosa muestra de interés, el lector nos constituya en mora, ya que su tolerancia y correlativa concesión de un plazo indefinido de gracia será ciertamente una grave censura que podamos recibir respecto al contenido del presente trabajo.

Por último, pero no por ello menos significativo, el suscrito expresa su agradecimiento a **ADVOCATUS** y, en particular, a su Comisión de Edición, por su inapreciable disposición para publicar este artículo en su emblemática vigésima edición, lo cual representa un inmerecido privilegio y un enorme reto no solo por el prestigio de los autores cuyos trabajos se incorporan en cada edición, sino además por la calidad y rigurosidad de los señalados trabajos. En cualquier caso, solicitando la tolerancia por errores u omisiones atribuibles únicamente al suscrito, confiamos que la lectura del presente ensayo sirva como incentivo para que profesores y alumnos reflexionemos en común, con la tolerancia del caso.

II. IMPEDIMENTOS Y CAPACIDAD

1. El artículo 10 de la Ley² enuncia once impedimentos concretos —literales a) al k)— para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado, por lo que los afectados no pueden desempeñarse como participantes, postores ni contratistas. Resulta pertinente destacar que, para fines de la contratación administrativa, se entiende como participante

1 El autor se ha desempeñado, durante los años 2005, 2006 y 2007, como docente del programa de postgrado sobre "Gestión de Adquisiciones Públicas" del Centro Integral de Educación Continua (CIEC) de la Universidad de Lima, en los cursos de Elementos de Derecho Civil (IV Programa) y Contratación Civil Aplicada (V, VI y VII Programas).

2 "Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

1. ... las propuestas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por no presentadas. Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante y de los contratistas que celebraron dichos contratos".

a la persona natural o jurídica que se presenta en un proceso de selección, adquiriendo, por ejemplo, las respectivas Bases; luego de ello, dicha persona adquiere la condición de postor cuando presenta su propuesta para contratar, postura u oferta, siendo que asume finalmente la condición de contratista cuando formaliza con la entidad la relación jurídica para proveer bienes, servicios u obras. Además, dicho artículo presenta un último literal, que es el I), por el cual se reconoce la existencia de otros impedimentos, en la medida que estén establecidos por ley (igual rango normativo a la disposición bajo comentario) o por el Reglamento.

Conviene destacar que, con toda propiedad, la norma en cuestión dispone su aplicación a "Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable (...)", por lo que se aplica igualmente a la contratación derivada de los procesos de selección establecidos en la Ley o prescindiéndose de ellos, de manera que los impedimentos no solo se relacionan a la participación en procesos de selección sino inclusive a cualquier caso de contratación con el Estado, como podrían ser las denominadas contrataciones exoneradas a las que se refiere el artículo 20 de la Ley.

2. En caso de transgresión de los referidos impedimentos, la norma en cuestión sanciona dos soluciones atendiendo a las circunstancias. Tratándose de postores, se tendrán por no presentadas las respectivas propuestas, ¿qué quiere decir eso? A falta de precisión legal debe entenderse que el acto (presentación de oferta) es finalmente inválido, nulo, por lo que no se le reconoce existencia ni trascendencia alguna. Establecer que la propuesta se tendrá por "no presentada" no debería entenderse que sea devuelta, menos retirada, dado que habiéndose producido el hecho material (e irregular) de su presentación, lo único que corresponde es asumir (de pleno derecho) que dicha presentación se tiene por no realizada, careciendo de todo valor por contravenir una norma imperativa. Y tratándose de contratistas, el contrato celebrado es nulo; aunque la norma bajo comentario no lo establezca expresamente, se entiende que se trata de una nulidad que opera de pleno derecho, más allá de la oportunidad en que pueda

ser declarada de manera no constitutiva por la propia entidad (artículos 56 de la Ley y 144 del Reglamento).

El artículo 10 de la Ley establece que la referida nulidad del contrato es sin perjuicio de las responsabilidades exigibles, ¿significa ello que dichas responsabilidades no se pueden aplicar en el caso de los postores?

Una respuesta preliminar permitiría sostener que las responsabilidades en cuestión solo son exigibles en la medida que se haya celebrado el contrato administrativo porque estaría evidenciada, por decir lo menos, una grave negligencia de los funcionarios y servidores de la entidad, ya que para fines de celebrar el respectivo contrato se debió requerir al postor que obtuvo la Buena Pro la presentación oportuna de la constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, de manera que si se omitió dicha exigencia o verificación habría una evidente responsabilidad, al menos administrativa, sin perjuicio de las responsabilidades de carácter civil y/o penal. Sin embargo, no puede olvidarse que la inhabilitación es una especie dentro de un género mayor que es el de los impedimentos. Por consiguiente, la responsabilidad será exigible, cuando corresponda, en cualquier caso de haberse contratado con quien estaba impedido, responsabilidad que en el campo civil será exigible por no haberse actuado diligentemente al verificar la existencia o no de un impedimento, sobre la base de lo declarado en su oportunidad por el respectivo postor (artículo 42, numeral 1, literal a), párrafo ii del Reglamento: Declaración jurada simple de no tener impedimento para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado).

Ahora bien, retomando la pregunta inicial, ¿podría aplicarse dicha exigencia de responsabilidades a los postores? Si entendemos como postor a quien presenta finalmente una propuesta, postura u oferta, como ello no compromete a la entidad, ni genera de por sí un vínculo jurídico, estimamos que no sería posible dicha exigencia de responsabilidades, ya que esta última se sustenta finalmente en el perjuicio que sufre la entidad como efecto de

la inexistencia jurídica del pretendido contrato celebrado, con la consiguiente frustración de su interés, lo cual presupondría que se hubiese aceptado la oferta recibida en su momento. No obstante, consideramos que la exigencia de responsabilidades debe ser también frente a los postores, que queden comprometidos por el otorgamiento de la Buena Pro (esto es: el postor ganador de la Buena Pro, y el postor que quedó en segundo lugar, ya que este último está obligado a mantener su oferta hasta la oportunidad que se suscriba el contrato con quien obtuvo el primer lugar, conforme se desprende del artículo 148 del Reglamento), dado que de verificarse —antes de la celebración del contrato, pero una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme— que incurren en impedimento, ello podría frustrar el proceso de selección (se debería declara desierto, según lo previsto en el artículo 148, inciso 2, de la Ley), por cuanto la sujeción derivada de las diversas propuestas presentadas por otros postores ya habría concluido legalmente, por lo que aplicar la solución legal en el sentido que las posturas bajo comentario se tendrán por “no presentadas” no implicará que readquieran valor las posturas de terceros postores que ya quedaron sin efecto de manera automática por el otorgamiento de la Buena Pro consentida o administrativamente firme.³ Por ello, por la posibilidad cierta de un perjuicio que pudiese sufrir la entidad, es que asumimos que el régimen de responsabilidades también debería ser exigible, bajo determinadas circunstancias, a ciertos postores, en la medida que se frustré la celebración del contrato o que el costo de la contratación se incremente finalmente para la entidad (diferencias de valor y/o plazo entre la propuesta que obtuvo la Buena Pro inicial y la que quedó en segundo lugar), siendo que en este último escenario (que implica, por ejemplo, la celebración del contrato con el postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación) resultaría improcedente invocar (por el postor que, habiendo obtenido la Buena Pro, no se presentó a la suscripción

del contrato) el aforismo *Non bis in idem*, por cuanto un tema es la sanción administrativa por la conducta y otro es lo concerniente a la reparación de los daños generados, siendo que la señalada pretensión indemnizatoria no tiene una función sancionadora o punitiva; por lo tanto, no se aplica doblemente ninguna sanción.

3. La naturaleza jurídica del impedimento está evidenciada en el literal j) del artículo 10 bajo comentario, en cuanto señala la afectación al derecho para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado, lo cual representa la nota común y tipificante de todo impedimento, al margen que exista o no una sanción administrativa de inhabilitación para contratar con el Estado, sea temporal o permanente.

Es esta “afectación al derecho” lo que nos permite sostener, desde una perspectiva civil, que estamos frente a causales de incapacidad o carencia de capacidad.

La capacidad puede enfocarse desde un doble sentido. De un lado, tenemos la denominada capacidad de goce o titularidad de la situación jurídica subjetiva, y de otro lado, la capacidad de ejercicio, la cual presupone la anterior, ya que solo se puede ejercer aquello que poseemos.

La capacidad de goce corresponde a un presupuesto contractual, su carencia implica la inexistencia del negocio jurídico. La capacidad de ejercicio se asocia a la válida manifestación de voluntad y a la invalidez del negocio pretendidamente celebrado (a su nulidad, conforme lo sanciona el inciso 2) del artículo 219 del Código Civil).

El problema radica en que se suele confundir la capacidad (de goce) con la personería jurídica, cuando en rigor se trata de dos conceptos distintos aunque estrechamente relacionados. Como bien se ha señalado, uno es persona, no requiriendo de reconocimiento alguno para ello; en cambio, la capacidad se adquiere,

3 En otras palabras, mientras la Buena Pro no quede consentida o administrativamente firme, se mantienen las ofertas de los postores, por lo cual no se frustraría el proceso de selección seguido.

demanda de otorgamiento, de reconocimiento. Es así que la capacidad de goce se puede definir negativamente: toda persona tiene plena capacidad de goce por el solo hecho de tener existencia, salvo que la ley disponga lo contrario (artículo 3 del Código Civil). Es esto último lo que nos interesa: las personas tienen plena titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas, salvo que la ley establezca restricciones o limitaciones. En materia de contratación administrativa, dichas restricciones son precisamente los impedimentos a los que se refiere el artículo 10 de la Ley.

Si determinada persona natural o jurídica incurre en impedimento significa que carece de capacidad para relacionarse contractualmente con el Estado, más allá de la forma en que ello se genere, de manera que si se llegase a celebrar irregularmente el contrato, el mismo será nulo, no se le puede reconocer validez ni la eficacia programada porque habría sido celebrado en contravención de normas imperativas.

De la lectura de los diversos impedimentos contenidos en el artículo 10 de la Ley se aprecia una nota común: se trata de situaciones que, en principio, tienen carácter temporal o específico para determinada situación; la excepción es la referida en el literal j), en cuanto se refiere a la inhabilitación definitiva —literal b), inciso 2, artículo 237 del Reglamento—, la cual se explica por la reiterancia y gravedad de las faltas, atendiendo al interés público comprometido. El señalado carácter temporal o específico tiene concordancia con el carácter excepcional de la incapacidad de goce, por cuanto estamos frente a reglas que representan una excepción a la capacidad irrestricta de goce, la misma que se presume y que solo admite restricciones circunstanciales. En materia de contratación, al ser la regla general la capacidad correspondiente, resulta además aplicable la previsión contenida en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, en el sentido que no se aplican por analogía las normas que establecen excepciones o restricción de derechos. En otras palabras, para fines de la materia bajo comentario, no es posible “establecer” impedimentos mediante interpretación, siendo que la identidad de los

impedimentos solo es posible de establecer mediante fuente expresa legal o reglamentaria.

Por último, la sanción de nulidad, invalidez absoluta, prevista en el artículo 10 de la Ley, es concordante con la naturaleza jurídica del impedimento: no se puede reconocer validez ni eficacia a aquello que vulnera a una norma imperativa; puede ser que, desde una perspectiva técnica, la sanción por contravención debería ser la inexistencia, pero en atención que esta figura no está recogida expresamente en nuestro ordenamiento, la más adecuada termina siendo la invalidez.

III. CONVOCATORIA A PROCESOS DE SELECCIÓN E INVITACIÓN A OFRECER

1. Los artículos 14 y 15 de la Ley se refieren a la convocatoria para los procesos de selección objeto de regulación legal; de manera sobreviniente, se presentarán las respectivas propuestas por parte de los postores, otorgamiento de Buena Pro y celebración contractual.

Sobre la base del artículo 1389 del Código Civil, se sostiene que el contrato administrativo quedaría concluido o cerrado con ocasión del otorgamiento de la Buena Pro, entendiéndose que este acto correspondería a la aceptación de la entidad respecto de la (mejor) oferta recibida, esto es, de las propuestas presentadas por los postores, lo cual implica (por elemental coherencia argumentativa) que la convocatoria a un proceso de selección debe asimilarse finalmente a una invitación a ofrecer formulada por la entidad. Discrepamos de dicha lectura en cuanto la oportunidad de la celebración contractual.

De acuerdo al artículo 1388 del Código Civil, la denominada oferta al público es reputada como una invitación a ofrecer, de manera que son oferentes quienes acceden a la invitación y destinatario el proponente o invitante. En rigor, conforme a nuestro sistema legal, toda oferta es una declaración de voluntad final (última propuesta para fines de celebrar el contrato), definitiva (refleja una voluntad de contratar bajo los términos y condiciones que contiene), recepticia (su eficacia está subordinada a que sea puesta

en conocimiento de la persona determinada a la cual se dirige) y que genera sujeción unilateral: del oferente al destinatario (por su carácter irrevocable). Una oferta al público, por más que sea final y definitiva, carece del carácter recepticio, por lo que no puede surtir efectos de sujeción al no estar dirigida a persona determinada.

El caso es que una convocatoria a un proceso de selección para fines de celebrar, en su momento, un contrato administrativo, no puede considerarse como una oferta al público porque no se trata simple y llanamente de oferta alguna, ya que no corresponde en su contenido a una declaración final y definitiva de los términos y condiciones bajo los cuales contratará la entidad; por el contrario, lo que se espera más bien es que los participantes en el proceso, sobre la base de lo expresado en las respectivas Bases y atendiendo al valor referencial (precio base), formulen sus propuestas o posturas. A mayor abundamiento, ni siquiera resulta aplicable el artículo 1381 del Código Civil, en el sentido que, en el contexto de la invitación a ofrecer, opera la aceptación tácita al asumirse que el silencio tiene determinado sentido, por cuanto para fines de la contratación administrativa no solo debe mediar el otorgamiento de Buena Pro sino la celebración expresa del contrato.

En ese sentido, la convocatoria a un proceso de selección no representa jurídicamente invitación a ofrecer alguna, siendo que se trata de una declaración precontractual que es simplemente una convocatoria. Las posturas son ciertamente ofertas, las mismas que tienen por antecedente inmediato a la convocatoria recibida. En ese contexto, el otorgamiento de la Buena Pro no puede ser considerada como una aceptación, porque esta significa jurídicamente la celebración del contrato (artículo 1373 del Código Civil), siendo que, en materia administrativa, el mismo todavía no ha sido celebrado, por lo que también estamos ante una nueva declaración precontractual de la entidad que podría asimilarse a una declaración de interés en contratar conforme a los términos y condiciones propuestos por el postor que obtuvo la Buena Pro y, subsidiariamente, conforme a la postura de quien quedó en segundo lugar, pero sin que

hasta ese momento se haya generado vínculo contractual, requiriéndose como paso previo para esto último, entre otros requisitos, que la Buena Pro quede consentida o administrativamente firme.

2. Ahora bien, dicha convocatoria, si bien no es exactamente una oferta al público por las razones ya expuestas, no por ello deja de ser una invitación a ofrecer, por cuanto la convocatoria al proceso de selección implica que la entidad solicita o invita que se le formulen propuestas, posturas u ofertas conforme a los términos de las respectivas Bases.

La gran diferencia radica en que, desde una óptica estrictamente civil, dado que una oferta implica sujeción, el oferente queda subordinado al poder negocial del destinatario de la oferta, quien discrecionalmente puede aceptarla o no, por lo que en buena cuenta puede contratar o no si así lo estima, a su solo criterio. Ello no ocurre en el ámbito de la contratación administrativa. Y no ocurre así por varias razones, entre ellas, porque los actos administrativos son actos reglados, por lo que las competencias están predeterminadas legalmente, de manera que no hay margen para una actuación sujeta al solo arbitrio de la entidad (solo se puede hacer aquello que está autorizado por ley; a diferencia del ámbito privado, conforme al cual se puede hacer todo aquello que no esté prohibido por ley). No es cuestión, en consecuencia, que la entidad decida no aceptar, porque esto no es jurídicamente posible. Además, debe considerarse que detrás de la convocatoria hay una necesidad administrativa que requiere ser satisfecha; en dicho sentido, mientras que en el ámbito privado el invitante puede o no aceptar las diversas ofertas recibidas, sin mayor explicación (el artículo 1381 del Código Civil, presume supletoriamente la aceptación en caso que la oferta recibida no sea rechazada sin dilación), en lo administrativo no hay tal margen de acción, porque de no cancelarse el proceso de selección antes del otorgamiento de la Buena Pro por las razones taxativa y legalmente previstas, la entidad no puede negarse a otorgar la Buena Pro. Es más, dado que la Buena Pro no significa jurídicamente aceptación alguna, la entidad

solo puede negarse legítimamente a suscribir el contrato (que representa su aceptación) en los casos señalados en el artículo 137 del Reglamento; fuera de dichos casos, no es que pueda negarse aunque sea de manera ilegítima, sino que carece de capacidad para hacerlo, por lo que debe aceptar, debe contratar, siendo que la dilación generará responsabilidades a los funcionarios y/o servidores comprometidos.

Allí radica precisamente, a nuestro entender, la singularidad del régimen aplicable a la convocatoria y, la consiguiente *sui generis* invitación a contratar que la misma representa.

3. Conforme a lo anterior, sobre la base de la denominada autonomía de la voluntad en su vertiente de libertad de contratar, que significa que el contrato deriva de un consentimiento voluntario, carece de todo fundamento pretender la “formalización” de un contrato administrativo sobre la base que el mismo habría quedado automáticamente celebrado por el otorgamiento de la Buena Pro, ya que, reiteramos, esto último no significa aceptación ni conclusión contractual alguna. De la misma manera, carecerá de fundamento que se demande responsabilidad por daños y perjuicios de fuente contractual en el caso que la entidad se niegue a “formalizar” el contrato, más allá que dicha negativa sea legítima⁴ o no, por cuanto no se ha generado contrato alguno, por lo que el régimen de responsabilidad exigible será extracontractual en el escenario de una negativa injustificada.

4. Merece realizarse un breve comentario a la posibilidad que el proceso de selección objeto de la convocatoria de la entidad quede sin efecto. El artículo 34 de la Ley autoriza la cancelación del respectivo proceso de selección por tres

causas específicas y puntuales: caso fortuito o fuerza mayor, desaparición de la necesidad de contratar o carencia de presupuesto, por haberse destinado el asignado a otros propósitos por razones de emergencia; siendo que la respectiva declaración debe formalizarse necesariamente hasta antes del otorgamiento de la Buena Pro, no porque esta última signifique celebración contractual, sino porque implica que la entidad manifiesta su voluntad firme de contratar con quien obtuvo la Buena Pro.

En el ámbito civil, la situación precedente podría corresponder (con reservas, desde luego) a una de responsabilidad precontractual, en la medida que se estime que se ha vulnerado injustificadamente la confianza generada en un futuro cierre contractual, siendo que la responsabilidad dependerá ciertamente de la efectiva probabilidad, antes que posibilidad, en la celebración del contrato. En ese orden de ideas, la pretensión indemnizatoria dependería de los daños que se puedan acreditar efectivamente, daños que —reiteramos— deben asociarse a la vulneración de la confianza razonable generada. No ocurre cosa semejante en el ámbito administrativo. Y para ello debemos retomar la lógica administrativa conforme a la cual solo existe competencia respecto de aquello que está autorizado, a diferencia de lo privado, conforme a lo cual cualquier persona o sujeto de derecho puede realizar cualquier acción u omisión en la medida que no esté prohibida. Es así que, en el caso de la cancelación de un proceso de selección no hay, para comenzar, conducta antijurídica alguna, por cuanto dicha cancelación solo se puede desprender de una situación prevista legalmente; al no haber antijuridicidad, no hay responsabilidad, menos aún obligación de reparar presuntos daños. De

4 De acuerdo al artículo 34 de la Ley y 79 del Reglamento), la entidad puede cancelar el proceso de selección hasta antes del otorgamiento de la Buena Pro, sea por fuerza mayor o caso fortuito, por desaparición de la necesidad de contratar o, persistiendo dicha necesidad, porque el presupuesto asignado tuvo que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente. En cambio, conforme al artículo 137 del Reglamento, una vez otorgada la Buena Pro, si bien ya no es posible cancelar el proceso de selección, la entidad puede negarse a suscribir el contrato siempre y cuando medien razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o por desaparición de la necesidad de contratar, debidamente acreditada; fuera de dichos casos, se genera responsabilidad funcional.

manera adicional, la cancelación en cuestión en una manifestación del poder de la Administración al cual están sujetos legalmente los administrados, en este caso, los participantes en el proceso de selección. Por último, en el marco de dicha relación Administración-administrados, que es ciertamente una desbalanceada por la naturaleza de las cosas, la ley dispone que el único reconocimiento que corresponde es el reintegro del costo de las Bases para quienes las hubiesen adquirido, lo cual evita cualquier invocación de enriquecimiento indebido (falta de indemnización ante la carencia de responsabilidad extracontractual).

IV. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO Y PERFECCIONAMIENTO CONSTITUTIVO

El artículo 35 de la Ley establece que el contrato debe celebrarse por escrito; no obstante, se ha previsto que de manera reglamentaria se puedan fijar los casos de formalización mediante una orden de compra o de servicio, a lo cual se refiere precisamente el artículo 138 del Reglamento.

Conforme al artículo 1352 del Código Civil, en materia de perfeccionamiento constitutivo, el consentimiento o acuerdo de voluntades generador del vínculo contractual puede ser consensual o formal, lo primero corresponde a la regla general, lo segundo es la excepción. Los contratos son consensuales cuando el consentimiento no está sujeto a la observancia de determinada forma necesaria, aplicándose el denominado principio de libertad de forma; en cambio, los contratos son formales cuando el consentimiento debe ser necesariamente documental, escrito, siendo que la exigencia de forma se identifica con la formación misma del consentimiento (forma *ad solemnitatem* o de carácter sustancial).

Ya hemos manifestado que no resulta posible sostener que el otorgamiento de la Buena Pro

corresponde a la aceptación de la mejor oferta recibida, ni siquiera puede considerarse que se trata de una aceptación condicionada, de tal manera que solo surtirá plenos efectos en la medida que dicha Buena Pro quede consentida o administrativamente firme. En materia de contratación administrativa, la regla general en cuanto perfeccionamiento constitutivo es que el vínculo contractual es formal porque demanda necesariamente de un acuerdo escrito conforme al señalado artículo 35 de la Ley. El problema radicaría cuando se realiza una compulsión entre la indicada norma y el artículo 144 del Código Civil. De acuerdo a este último, tratándose de cualquier exigencia legal de forma sin sancionarse con nulidad su inobservancia, debe asumirse que se trata de una forma probatoria, esto es, que carece del atributo de necesidad, lo cual significa, en materia de contratación, que el negocio celebrado es válido. Aunque sobre la materia de forma probatoria existe una reconocida opinión en nuestro medio en el sentido que, de no observarse la forma señalada por la ley sin sanción de nulidad, el respectivo contrato es válido pero ineficaz, ya hemos manifestado nuestra discrepancia al respecto⁵, porque de subordinarse la eficacia del contrato al cumplimiento de la forma probatoria propuesta por ley, ello significaría de hecho una exigencia indirecta de forma necesaria. En dicho sentido, atendiendo a que las normas de la Ley en el ámbito de la contratación administrativa son esencialmente imperativas, a diferencia de las normas del Código Civil en materia de contratación privada, que son esencialmente supletorias, consideramos que no resulta aplicable el artículo 144 del Código Civil, porque de lo contrario estaríamos admitiendo la consensualidad de los contratos administrativos, y con ello inclusive la posibilidad de un cierre o conclusión contractual mediante una aceptación tácita. Hay razones de elemental seguridad jurídica que sustentan la exigencia de forma escrita, siendo además que la suscripción del instrumento contractual, o la emisión de la orden de compra o

5 Nos remitimos a: Algunos comentarios sobre la formalidad contractual, artículo publicado en *ADVOCATUS*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, No. 13, Diciembre de 2005, pp. 169 a 187.

de servicio (que son finalmente, documentos), evidencian en todos los casos que el postor que obtuvo la Buena Pro ha cumplido con las exigencias legales para contratar con el Estado (artículo 141 del Reglamento), por lo que se produce la aceptación formal, escrita, de su oferta.

V. CONTENIDO DEL CONTRATO Y ACUERDO NO PARITARIO

1. El ya mencionado artículo 35 de la Ley establece que el instrumento contractual deberá ajustar su tenor a la proforma contenida en las Bases del correspondiente proceso de selección con las modificaciones aprobadas por la entidad durante el proceso; asimismo, está previsto en la indicada norma, que el contrato podrá incorporar otras modificaciones expresamente establecidas en el Reglamento. Es más, el artículo 40 de la Ley enuncia que el contrato deberá incluir, necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas relacionadas a garantías, solución de controversias y resolución por incumplimiento.

Un primer tema que merece comentarse es lo relacionado a la proforma contractual. La proforma viene a ser, en el sentido amplio del término, una minuta del contrato que será celebrado en su oportunidad, es su proyecto o borrador, y, como todo proyecto o borrador, es susceptible de cambios o modificaciones; la cuestión radica en que, tratándose de la contratación administrativa, dichos cambios o modificaciones solo pueden provenir por decisión de la entidad a través del comité especial, el cual está legalmente encargado de conducir el proceso de selección (artículo 24 de la Ley), siendo competente de elaborar las Bases, aunque la aprobación de las mismas corresponde finalmente al Titular de la respectiva entidad (artículo 26 de la Ley). En dicho orden de ideas, dado que la proforma contractual está contenida en las Bases, y estas son elaboradas y aprobadas por la entidad, siendo que todos los participantes y postores están sometidos legalmente a lo establecido en ellas, resulta manifiesto que los postores y participantes deberán contratar, de ser el caso, conforme al proyecto o borrador de contrato propuesto por la entidad, con las modificaciones que pudiesen haberse dispuesto, las cuales no

requieren ser consultadas, coordinadas o aprobadas por los participante o postores. Otra cosa es, desde luego, cuando ya ha mediado el otorgamiento de la Buena Pro, escenario en el cual la proforma contractual requerirá de acuerdo previo entre la entidad y el postor ganador de la Buena Pro para fines de una eventual modificación, aunque en la práctica, las pretendidas modificaciones requeridas por el ganador de la Buena Pro se suelen implementar de manera posterior a la celebración o suscripción del contrato, vía acuerdo modificatorio y mediante cláusula adicional o adenda.

2. Un segundo tema a considerar radica en que la contratación administrativa es una de característica no paritaria, esto es, que los términos y condiciones contractuales no son negociables ni negociados, ya que los postores se someten al régimen de las Bases (lo cual incluye la proforma contractual), a los términos y condiciones elaborados o propuestos por la entidad. Hay adhesión. No obstante, cabe cuestionarse si dicha realidad coincide con la previsión civil de lo que se entiende por un contrato celebrado por adhesión.

Al respecto, el artículo 1390 del Código Civil establece que *"El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar"*. Si nos fijamos con atención, hay ciertos temas controvertidos para fines del presente trabajo: 1) Modalidad que consiste en la posibilidad de aceptación o rechazo íntegro; 2) Las estipulaciones a ser aceptadas o rechazadas son fijadas por la otra parte: la oferente u ofertante, y 3) Se acepta finalmente la oferta, perfeccionándose el contrato.

En rigor, el esquema de la contratación administrativa mediante proceso de selección, consistente en convocatoria (por la entidad) – propuestas (ofertas de los postores) – Buena Pro (por la entidad) – celebración del contrato (con la consiguiente aceptación de la entidad) no calza con la definición civil del contrato por adhesión. La entidad no formula oferta alguna de manera que el postor la pueda aceptar o

rechazar, siendo que en el caso de aceptación se entendería cerrado el contrato, de ser el caso. El postor es más bien quien formula su oferta para fines que sea aceptada por la entidad, en su oportunidad, previo otorgamiento de la Buena Pro. No obstante, no puede negarse el carácter no negociado de la contratación administrativa, siendo que la oferta no puede apartarse de los lineamientos ya predefinidos por la entidad en las Bases, a las cuales se somete el postor. La adhesión radica precisamente en esto, el postor se adhiere, se somete, al marco contractual prediseñado por la entidad, expresado en las Bases y en la proforma misma, respecto de lo cual no hay negociación, siendo que cualquier variación será potestativa de la entidad, sin que medie una negociación concreta y particular con un determinado postor.

A mayor abundamiento, ese carácter no paritario, por adhesión, se evidencia en la inclusión forzosa de ciertas estipulaciones (artículo 40 de la Ley), siendo que en su defecto se aplica, por ejemplo, cierta cláusula modelo en materia de solución de controversias, con prescindencia de la voluntad de las partes, o de manera específica, del postor ganador de la Buena Pro, futuro contratista.

3. Asociado estrechamente a la naturaleza no paritaria de la contratación administrativa, tenemos el caso de las denominadas "estipulaciones vejatorias", que son todos aquellos términos y condiciones que establecen privilegios, potestades, prerrogativas, derechos y cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas de ventaja para la parte predisponente del contrato, las mismas que son contextualmente desmesuradas, por cuanto se entiende que, en el marco de una contratación paritaria o negociada, lo más probable es que no se hubiesen obtenido. Por ello, dado que el Derecho busca equilibrar los intereses de las partes, más aun cuando hay una parte fuerte, predisponente del contenido

del contrato, frente a una débil, que solo puede optar entre aceptar y rechazar lo propuesto por la contraparte, es que el artículo 1398 del Código Civil establece determinado régimen respecto de las denominadas "cláusulas abusivas", régimen que debería entenderse en el sentido que, aplicado en general a todo caso de contratación predispuesta, implica la ineficacia (y no la invalidez) de la estipulación a solicitud de parte interesada, siendo finalmente que la relación de cláusulas abusivas que contiene debe interpretarse en sentido referencial y no taxativo, dejando el tema a la discrecionalidad jurisdiccional.

La cuestión radica en determinar si se aplica a la contratación administrativa el régimen de las "estipulaciones vejatorias".

En un anterior trabajo⁶ hemos tenido oportunidad de expresar que los contratos administrativos tienen cierta finalidad singular porque buscan satisfacer un interés público, lo cual deriva en la pertinencia de las denominadas "prerrogativas públicas", esto es, el régimen de facultades singulares con las que cuentan las entidades respecto de lo que es la interpretación, modificación, ejecución y resolución del contrato celebrado, lo cual corresponde, en muchos casos, a lo que en términos civiles se podría calificar como abusivo o exorbitante, pero que en el contexto administrativo tiene una lógica y razón de ser. El fin del contrato administrativo, la prestación que es de interés general, tiene y debe tener primacía sobre el interés netamente privado; es así que una de las evidencias de esas prerrogativas es el denominado *ius variandi* o facultad de modificación unilateral.

En otras palabras, mientras que las denominadas cláusulas exorbitantes o vejatorias son cuestionables en el ámbito de la contratación privada porque rompen la simetría (ideal) que debe mediar entre la partes, evidenciando

6. Nos remitimos a: *Algunos comentarios sobre la excesiva onerosidad de la prestación, con especial referencia a su aplicación en el ámbito de la contratación pública*, artículo publicado en **ADVOCATUS**, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, No. 17, Marzo de 2008, pp. 171 a 190.

abuso del derecho, en especial tratándose de los contratos que no son susceptibles de negociación previa, las mismas no son la excepción en el ámbito público, ya que por la naturaleza del objeto de la contratación administrativa, es consustancial que las entidades se reserven ciertas facultades, prerrogativas o privilegios que les permitan cumplir con la finalidad del contrato (interés público), siendo que las partes saben desde un inicio que no están en un mismo plano de absoluta igualdad propio del ámbito civil.

Conforme a lo anterior, puede explicarse, por ejemplo, el régimen de las denominadas prestaciones adicionales (artículo 41 de la Ley y artículos 174, 207 y 208 del Reglamento), en el cual la entidad ordena su ejecución (dentro de ciertos parámetros respecto del monto del contrato original), sin que el contratista pueda negarse, lo cual si bien puede resultar inadmisibles en el ámbito de la contratación privada, tiene una racionalidad perfectamente sustentable en lo administrativo, en función del interés comprometido.

Por consiguiente, admitir el carácter no paritario de la contratación privada no significa que se apliquen automáticamente todos los conceptos civiles relacionados a dicha modalidad de contratación, entre ellos, lo concerniente a las denominadas estipulaciones vejatorias, exorbitantes o abusivas; debe observarse y no perderse de vista lo relacionado a la racionalidad del contrato administrativo.

VI. PAGOS, INTERESES Y PENALIDADES

1. La obligación fundamental de la entidad es realizar los pagos que correspondan al contratista, en la oportunidad legalmente prevista o, en su defecto, conforme a lo pactado. Entendemos que ello es una obligación esencial a cargo de la entidad y cuyo incumplimiento legitima al contratista a optar por la resolución, de conformidad con el artículo 167 del Reglamento. El tema radica en las consecuencias legales cuando la entidad no observa el principio de oportunidad respecto al pago debido. De acuerdo al artículo 48 de la Ley, la entidad “...reconocerá al contra-

tista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora”.

2. En términos civiles, los intereses pueden clasificarse de diferentes maneras, entre ellas, por su fuente así como por su funcionalidad. En el primer caso, tenemos a los intereses convencionales y legales, los primeros son exigibles por mediar un acuerdo, mientras que los segundos son exigibles por disposición normativa. Y en el segundo caso, tenemos a los intereses compensatorios o que retribuyen el uso de un capital, a título de contraprestación, así como a los moratorios o por causa de mora, que indemnizan el cumplimiento tardío (artículo 1242 del Código Civil). Ahora bien, en el caso de los intereses convencionales, salvo el caso de operaciones financieras, de conformidad con la ley sobre la materia, se aplica la máxima tasa autorizada, no debiéndose pactar en exceso porque de lo contrario se genera una contingencia tanto en lo civil como en lo penal; además, en defecto de pacto sobre la tasa, se aplica supletoriamente y en principio la tasa del interés legal. En cambio, tratándose de los intereses legales, la correspondiente tasa es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, por lo que no hay margen para la autonomía privada respecto a su determinación.

Atendiendo a lo anterior, puede afirmarse que los intereses a los que se refiere el artículo 48 de la Ley son de naturaleza moratoria, o por causa de mora, y de fuente legal (esto último lo señala expresamente la norma). No habiéndose indicado tasa para la respectiva liquidación, y atendiendo que no se devengan intereses compensatorios, los referidos intereses deben ser liquidados conforme a la tasa del interés legal.

El problema radica desde cuándo deben pagarse los intereses bajo comentario. La norma legal señala que “en caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes”. ¿Debe entenderse que, por haber dispuesto imperativamente que se “reconocerá” intereses por atraso imputable en el pago, ello es exigible

automáticamente, por el hecho mismo de haberse incurrido el atraso al no pagar la entidad en la oportunidad programada?

Al respecto, merece destacarse el aforismo *Dies non interpellat pro homine*, de manera que, sobre la base del artículo 1333 del Código Civil, el simple retraso en el cumplimiento oportuno de la obligación no genera responsabilidad, por lo que es necesario que el acreedor lo requiera mediante la intimación al pago, salvo los casos expresos de "mora automática". En otras palabras, como regla general, el retraso, la demora, no implica antijuridicidad alguna, porque significa la implícita concesión por parte del acreedor de un plazo de gracia al deudor para el cumplimiento de lo debido, periodo de gracia indefinido que se le pone término por el interesado mediante el requerimiento de pago. A partir de dicho instante, queda el deudor constituido en mora, siendo exigibles los intereses correspondientes, sean convencionales o legales.

Sin embargo, en materia de contratación pública opera más bien el principio *Dies interpellat pro homine* y, en dicho sentido, los intereses son exigibles por la falta de pago oportuno del capital del cual se derivan, conforme lo establece el artículo 181 del Reglamento: "(...) desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse"; en consecuencia, el contratista tiene derecho a reclamar a la entidad el pago de intereses legales por el atraso objetivo en el pago adeudado, operando la mora automática. Definido desde otra perspectiva, los intereses en cuestión no serán exigibles solo en el escenario en que el atraso en el pago no resulta imputable a la entidad, lo cual demanda de acreditación y no de simple invocación, ya que en función del artículo 142 del Reglamento y del artículo 1329 del Código Civil, se presume que el incumplimiento (pago tardío) es imputable y a título de culpa leve.

De otro lado, en razón que la norma bajo comentario señala que "igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora", debe entenderse que ello implica que la entidad no solo tiene derecho a cobrar intereses legales por causa de mora, sino también de manera

automática por la simple falta del cumplimiento oportuno por parte del contratista.

3. Las indemnizaciones por responsabilidad civil pueden ser legales, convencionales o jurisdiccionales. Las legales son la predeterminadas por la ley (en sentido amplio, como norma), es el caso de los intereses moratorios o por causa de mora que son la compensación por el atraso o mora en el pago debido (salvo pacto distinto); las convencionales son las acordadas por las partes interesadas; por último, las jurisdiccionales son las fijadas judicial o arbitralmente, sobre la base de lo que sea probado en el respectivo proceso. La indemnización convencional corresponde a la cláusula penal o penalidad, la misma que opera por atraso o mora en el pago oportuno, o también ante incumplimiento definitivo (artículos 1342 y 1341 del Código Civil, respectivamente).

Sobre la base de lo enunciado de manera general en el artículo 48 de la Ley, el artículo 165 del Reglamento regula la penalidad contractual moratoria a cargo del contratista, la misma que es exigible de manera automática, por el simple vencimiento del respectivo plazo contractual. Dicha penalidad representa, en términos civiles, una cláusula penal y respecto de ella merece realizarse algunos comentarios puntuales.

Primero, no se puede asumir que se trata de una estipulación vejatoria, no solo porque resulta cuestionable aplicar el concepto de las cláusulas exorbitantes en materia de contratación administrativa, sino porque en el fondo de la cuestión, una cláusula penal no corresponde a una situación particularmente abusiva, más aún cuando su forma de liquidación está legalmente establecida.

Segundo, no corresponde requerir (en este caso arbitralmente, por ser este el mecanismo legalmente establecido para la solución de controversias contractuales, respecto de lo cual tenemos nuestra reservas sobre la conveniencia de dicha disposición) una reducción equitativa de la penalidad, conforme al artículo 1346 del Código Civil, por cuanto la penalidad se liquida en función de un mecanismo legalmente

previsto, fórmula de cálculo estructurada objetivamente en función al monto contractual y al atraso incurrido.

Y tercero, en el ámbito de la contratación administrativa, solo cuando se alcance el monto máximo de la penalidad, la entidad "podrá" resolver el contrato, lo cual significa que recién procederá la resolución, no antes; esto a diferencia de la contratación privada, en que ante el incumplimiento grave el acreedor puede optar por mantener el contrato o su resolución, por lo que, salvo que se hubiese acordado cosa distinta dentro del marco de la autonomía privada, el acreedor no tiene que esperar que la penalidad ascienda a determinado monto para recién poder optar por la resolución, ello dependerá exclusivamente del interés afectado.

Por último, merece destacarse que el artículo 166 del Reglamento permite que en las Bases puedan establecerse penalidades distintas a las señaladas en su artículo 165; al respecto, debe considerarse que ha sido previsto expresamente en la indicada norma que dichas penalidades se calcularán de manera independiente a la penalidad por mora, de manera que no pueden versar sobre lo mismo, porque no se admite doble re-

paración por un mismo concepto. Sin perjuicio de ello, más allá que la norma reglamentaria exija que dichas penalidades sean "objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria", estimamos que en ningún caso serían susceptibles de una "reducción equitativa" (el tema de la cláusula penal relativa) a solicitud del deudor, por cuanto ello estaría desconociendo las atribuciones de la entidad, atribuciones que en el contexto de la contratación administrativa evidencian que la entidad dispone de una serie de prerrogativas en función al interés contractual comprometido.

VII. COMENTARIO FINAL

Hemos presentado sucintamente algunos de los tantos temas respecto de los cuales pueden sostenerse ciertamente diversas lecturas. Confiamos que al compartir nuestras reflexiones respecto a este primer conjunto de temas contractuales administrativos, al margen que con ello muchos advertirán de nuestras propias limitaciones, ello permita interrelacionar de la mejor manera los conceptos civiles aplicables pero sin dejar de tener presente la lógica y razón de ser de la contratación administrativa.