

OPINIÓN N° 001-2019/DTN

Entidad: Corte Superior de Justicia de Ventanilla

Asunto: Resolución del contrato

Referencia: a) Oficio N° 1197-2018-P-CSJV/PJ
b) Oficio N° 1172-2018-P-CSJV/PJ

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, la Presidenta de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, realiza varias consultas sobre la resolución de un contrato, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

De manera previa, corresponde señalar que con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 *-Decreto Legislativo que modifica la Ley-*, y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF *-Decreto Supremo que modifica el Reglamento-*, cuyas disposiciones rigen a partir de esa fecha; salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

En esa medida, considerando que vuestra solicitud de consulta ha sido formulada después de efectuadas dichas modificatorias, el análisis de la presente opinión se desarrollará bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado vigente.

Las consultas formuladas son las siguientes:

¹De acuerdo a lo establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Legislativo N° 1341.

2.1 ***“¿Cuál es el alcance de una Resolución Parcial o Total de un Contrato bajo la modalidad de suma alzada, cuando el contratista haya incumplido injustificadamente sus obligaciones contractuales, pese haberle requerido su cumplimiento, bajo el apercibimiento de resolver el contrato (artículo 136° del RLCE)?”*** (Sic).

2.1.1 En primer lugar debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que esta última se compromete a pagar al contratista la contraprestación acordada. En estos términos, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten sus prestaciones a satisfacción de sus respectivas contrapartes.

Ahora bien, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual pues alguna de las partes podría verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las obligaciones pactadas o el incumplimiento de estas.

2.1.2 Es así que el artículo 136 del Reglamento, referido al procedimiento de resolución del contrato, precisa lo siguiente:

“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal

sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total." (El subrayado y resaltado es agregado).

De acuerdo a la citada disposición, cuando alguna de las partes (Entidad o contratista) incumpla las obligaciones a su cargo, la parte perjudicada debe cursarle una carta notarial requiriendo su cumplimiento dentro del plazo legal previsto, bajo apercibimiento de resolver el contrato².

Ahora bien, en el supuesto que la parte requerida no cumpla con ejecutar las obligaciones a su cargo pese a habérselo solicitado, la parte perjudicada quedará facultada para **resolver total o parcialmente el contrato**, debiendo remitir por vía notarial el documento en el que manifieste dicha decisión. Una vez recibida esta comunicación el contrato quedará resuelto de pleno derecho.

2.1.3 Como se observa, ante la no ejecución de la prestación requerida mediante conducto notarial, la parte afectada puede resolver el contrato, parcial o totalmente, con el envío y entrega de una segunda carta notarial, independientemente de si la contratación se desarrolla bajo el sistema de contratación de suma alzada³.

En este punto debe precisarse que, cuando la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a cargo sea de **forma parcial**, dicha parte debe ser separable e independiente del resto de obligaciones contractuales, siendo viable cuando la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad, así los efectos de dicha decisión solo involucrarán aquella parte del contrato afectada por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las prestaciones pactadas.

Conforme a lo anterior, para realizar una resolución parcial del contrato es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: i) se debe señalar expresamente qué parte del contrato se deja sin efectos; ii) dicha parte debe ser separable e independiente del resto del contrato; y, iii) la resolución del total del contrato puede afectar los intereses de la Entidad, lo cual debe estar debidamente sustentado. En caso no se cumpla con dichos requisitos la resolución del contrato sólo podrá ser total.

En ese sentido, corresponde a la parte afectada por el incumplimiento determinar si, en el marco del procedimiento de resolución del contrato previsto en el artículo 136 del Reglamento, la resolución del contrato será total o parcial. La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento

² Es importante precisar que, de acuerdo al cuarto párrafo del artículo 136 del Reglamento, el requerimiento de cumplimiento previo no será necesario cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida; en cuyo caso bastará que se comunique al contratista la decisión de la Entidad de resolver el contrato mediante carta notarial.

³ El sistema de contratación de suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación están definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. En este sistema el postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento.

cuando dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, deberá ser indicada expresamente en el documento que comunica la resolución del contrato y será viable siempre que la resolución del total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad.

Finalmente, es necesario precisar que cualquier controversia que surja entre la Entidad y el contratista sobre la extensión de la resolución del contrato (total o parcial), entre otros aspectos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, de conformidad con lo indicado en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.

2.2 “¿Corresponde ejecutar una garantía (carta fianza) cuando se efectúa una resolución parcial del contrato?” (Sic).

En primer lugar, debe indicarse que, conforme al artículo 33 de la Ley, las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Estas garantías deben ser “(...) *incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten (...)*”⁴.

Adicionalmente, debe precisarse que estas garantías cumplen una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva, pues lo que pretenden es compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ser ejecutadas por la Entidad. Asimismo, es resarcitoria, pues lo que se pretende con su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.

Ahora bien, el artículo 131 del Reglamento establece los supuestos en los que la Entidad puede solicitar la ejecución de estas garantías; precisando en el numeral 2) que, “*La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.*” (El subrayado es agregado).

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido que el mecanismo específico que tiene la Entidad para proteger sus intereses en el supuesto que el contrato haya sido resuelto por causas imputables al contratista, consiste en la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en su totalidad.

Ello, responde a una voluntad justificada de la Entidad, que es la de no mantenerse vinculada contractualmente con un contratista que ha incumplido la ejecución de la prestación a su cargo. Así pues, bajo la premisa que todo contrato resuelto por causa

⁴ Estas empresas deben encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y estar autorizadas para emitir garantías o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

imputable al contratista que incumple implica un perjuicio inmediato (las prestaciones que no se ejecutaron y el costo económico derivado de la prestación incumplida) dicho perjuicio debe ser cubierto por la garantía otorgada (fiel cumplimiento).

Asimismo, como se ha señalado previamente, la finalidad principal de la garantía de fiel cumplimiento es asegurar el cumplimiento del íntegro de las obligaciones que son parte del contrato. En ese sentido, el incumplimiento del contratista de alguna de estas obligaciones, faculta a la Entidad a resolver el contrato y, en consecuencia, a ejecutar la referida garantía, luego de cumplirse con las condiciones detalladas en el numeral 2) del artículo 131 del Reglamento.

De esta forma, cuando un contrato ha sido resuelto –total o parcialmente- por causas imputables al contratista, y esta resolución ha quedado consentida, la Entidad se encuentra facultada para ejecutar, en su totalidad, la garantía de fiel cumplimiento que se hubiere otorgado, sin tener en cuenta la naturaleza de la prestación incumplida que motivó dicha resolución.

2.3 “¿Es posible entrega conformidad parcial a un contratista por las partidas ejecutadas? aunque ello signifique, que la entidad emisora de la carta fianza realice al contratista la devolución de la misma” (Sic).

2.3.1 En primer término debe señalarse que la relación jurídica entre el contratista y el Entidad financiera que emite la carta fianza se encuentra fuera del ámbito de la normativa de contrataciones el Estado, por lo que el OSCE carece de competencia para pronunciarse al respecto.

2.3.2 Sin perjuicio de ello el artículo 143 del Reglamento establece el procedimiento para la recepción y conformidad —*cuando corresponda*— de las prestaciones que ejecuta el contratista. Sobre el particular, debe puntualizarse que la recepción y conformidad son responsabilidad del área usuaria o de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección; en ese contexto, el mencionado dispositivo ha previsto que la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, considerando la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias para ello.

Si de dicha verificación se advirtiese que no se ha ejecutado la prestación conforme a los términos contractuales establecidos, la Entidad debe formular las respectivas observaciones —*las mismas que deben indicar claramente su sentido*— y comunicarlas al contratista, otorgándole un plazo para subsanarlas. No obstante, cuando las prestaciones ejecutadas por el contratista no cumplen manifiestamente con lo pactado en el contrato, la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad —según sea el caso—, considerándose no ejecutada la prestación y aplicándose las penalidades que correspondan.

2.3.3 Ahora bien, en caso se haya producido la resolución parcial del contrato (en la medida que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales y se cumplan los requisitos previstos en el artículo 136 del

Reglamento), correspondería que la Entidad realice la recepción y conformidad — *cuando corresponda*— de las prestaciones parciales ejecutadas por el contratista, conforme a lo previsto en el artículo 143 del Reglamento.

Por otro lado, conforme se indicó al absolver la consulta anterior, cuando un contrato ha sido resuelto por causas imputables al contratista (independientemente que se refiera a una resolución parcial), y esta resolución ha quedado consentida, la Entidad se encuentra facultada para ejecutar –en su totalidad- la garantía de fiel cumplimiento que se hubiere otorgado.

En ese sentido, cuando un contrato ha sido resuelto, sea de manera total o parcial, y esta resolución ha quedado consentida, corresponde la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en su totalidad, no siendo procedente su devolución al contratista.

2.4 “¿Aunque existiendo una resolución contractual y además se evidencie el incumplimiento de dichas obligaciones contractuales por parte de un contratista. ¿Se podría emitir una conformidad de servicio?” (Sic).

Tal como se ha indicado al absolver la consulta anterior, cuando un contrato haya sido resuelto de manera parcial, conforme a las condiciones previstas en el artículo 136 del Reglamento, la Entidad realizará la recepción y conformidad —*cuando corresponda*— de las prestaciones parciales ejecutadas por el contratista, conforme a lo previsto en el artículo 143 del Reglamento. Por otro lado, en caso se realice la resolución total del contrato debido al incumplimiento del contratista, no correspondería otorgar conformidad.

2.5 “En caso la entidad optara por resolver un contrato de forma parcial, ¿El contratista tiene derecho a que se le pague por aquellas prestaciones ejecutadas? De ser así, ¿Cuál será el procedimiento para realizar el reconocimiento de dicho pago?” (Sic).

Conforme se indicó al absolver las consultas anteriores, cuando se produzca la resolución parcial del contrato –*en la medida que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, en mérito a los requisitos previstos en el artículo 136 del Reglamento*– corresponde que la Entidad evalúe si debe realizar la recepción y conformidad de la prestación parcial ejecutada por el contratista, al comprobar que en efecto se cumplan las condiciones contractuales.

Otorgada la conformidad, y dentro de los quince (15) días calendario de emitida, la Entidad debe efectuar al pago al contratista por la contraprestación pactada, conforme lo establece el artículo 149 del Reglamento.

Finalmente, en caso de existir alguna controversia en relación a los pagos estos pueden ser sometidos a conciliación o arbitraje.

3. CONCLUSIONES

3.1 Corresponde a la parte afectada por el incumplimiento determinar si, en el marco del procedimiento de resolución del contrato previsto en el artículo 136 del

Reglamento, la resolución será total o parcial. La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento cuando dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, debería ser indicada expresamente en el documento que comunica la resolución del contrato y será viable siempre que la resolución del total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad.

- 3.2 Cuando un contrato ha sido resuelto –total o parcialmente- por causas imputables al contratista, y esta resolución ha quedado consentida, la Entidad se encuentra facultada para ejecutar, en su totalidad, la garantía de fiel cumplimiento que se hubiere otorgado, sin tener en cuenta la naturaleza de la prestación incumplida que motivó dicha resolución.
- 3.3 Cuando un contrato ha sido resuelto de manera parcial, conforme a las condiciones previstas en el artículo 136 del Reglamento, la Entidad procederá según lo previsto en el artículo 143 del Reglamento, realizando –cuando corresponda- la recepción y conformidad de las prestaciones parciales ejecutadas por el contratista, cuando se verifique el cumplimiento de las condiciones contractuales. Por otro lado, en caso se realice la resolución total del contrato debido al incumplimiento del contratista, no correspondería otorgar tal conformidad.
- 3.4 Otorgada la conformidad, y dentro de los quince (15) días calendario de emitida, la Entidad debe efectuar al pago al contratista por la contraprestación pactada, conforme lo establece el artículo 149 del Reglamento.

Jesús María, 7 de enero de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.