

## **OPINIÓN N° 037-2022/DTN**

Empresa: Construction & Maintenance Engineering SAC

Asunto: Cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista

Referencia: Formulario S/N de fecha 22.ABR.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

### **1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de Construction & Maintenance Engineering S.A.C, señor Niorge Ramón Hernández Espinosa, formula varias consultas referidas a la aplicación de Directiva N°005- 2020- OSCE/CD, en lo que respecta al impacto sobre el contrato de supervisión de obra.

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 n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

### **2. CONSULTAS Y ANÁLISIS**

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N° 377- 2019-EF, Decreto Supremo N°168-2020-EF, Decreto Supremo N° 250-2020-EF y Decreto Supremo N° 162-2021-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ¿Cuándo se considera incumplida injustificadamente una obligación contractual, de un contratista?**

2.1.1. De manera previa, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado absuelve consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en tal sentido, no puede determinar –en vía de Opinión- cuando deben considerarse -o no- incumplidas injustificadamente las obligaciones contractuales del contratista, puesto ello deberá ser definido por cada Entidad a quien corresponde verificar el cumplimiento de las prestaciones de cada contrato en particular, conforme a los términos y condiciones específicos.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que esta Dirección brindará alcances generales respecto los temas vinculados con la consulta.

2.1.2. 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.

Así, podrían presentarse circunstancias en las que, por ejemplo, el contratista incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales. Al respecto, cabe mencionar que si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido una definición concreta respecto de qué debe entenderse o calificarse como incumplimiento injustificado, a partir de una apreciación sistemática de la norma, puede advertirse que dicho incumplimiento se configura cuando se infringen los acuerdos y obligaciones previstos en el contrato por motivos que le resultan imputables al contratista, es decir, por circunstancias y/o acontecimientos dentro de su responsabilidad y ámbito de control, y respecto de los cuales no tiene justificación alguna.

2.2. ***“¿Conforme a la respuesta anterior, se consulta si para que el cumplimiento de una obligación se considere cumplida en su totalidad, el contratista debe haberla ejecutado, en la forma, modo y plazos debidamente previstos en los términos de referencia del servicio?”***

2.2.1. Como se estableció en la anterior consulta, una vez perfeccionado el contrato, las partes se encuentran obligadas al cumplimiento de las prestaciones pactadas; de esta manera, **el contratista queda obligado a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad** y esta queda obligada a pagar la contraprestación correspondiente, por tanto, se cumplirá el contrato únicamente cuando ambas partes ejecuten satisfactoriamente sus prestaciones

Por otra parte, cabe señalar que el área usuaria es la dependencia que cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para definir las características técnicas de los bienes, servicios y obras que se habrán de contratar. Por tal razón, de acuerdo con el numeral 8.6. del artículo 29 del Reglamento, el área usuaria es la responsable de la adecuada formulación del requerimiento.

Asimismo, el numeral 16.2 del artículo 16 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento, establece que el requerimiento en el que se establecen las especificaciones técnicas, los términos de referencia (tratándose de servicios) o el

expediente técnico, respectivamente, contiene la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, así como las condiciones en las que debe ejecutarse el contrato. Asimismo, es importante mencionar que la información contenida en el requerimiento posteriormente será trasladada a los documentos del procedimiento de selección (Bases).

Como se parecía, una vez perfeccionado el contrato, **el contratista queda obligado a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad observando las características y/o requisitos funcionales relevantes determinados para cumplir la finalidad pública de la contratación, así como las condiciones contractuales en las que debe ejecutar el contrato**, todo ello, conforme a lo establecido en el requerimiento y los documentos del procedimiento de selección.

- 2.2.2. Por otro lado, cabe mencionar que una vez cumplidas las obligaciones pactadas por parte del contratista, la Entidad debe otorgar la conformidad de la prestación. Al respecto, el numeral 168.1 del artículo 168 del Reglamento dispone que "*La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria*"<sup>1</sup>.

A su vez, el numeral 168.2 del mismo dispositivo establece la forma en que se otorga la conformidad de las prestaciones cumplidas por el contratista, indicando lo siguiente "*La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias*".

En ese sentido, el procedimiento para efectuar la conformidad se encuentra a cargo del área usuaria de la Entidad, la cual, a efectos de otorgar la conformidad correspondiente, **debe realizar la verificación respecto de "la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales", de acuerdo a los documentos que conforman el contrato<sup>2</sup> (entre ellos, los términos de referencia tratándose de servicios)**.

Finalmente, el numeral 168.7 del referido artículo agrega que "*Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.*" (El resaltado es agregado).

- 2.3. ***¿En atención a la respuesta de la pregunta precedente, para que se precise si para que una obligación se considere incumplida injustificadamente, previamente la Entidad debió haber establecido en los términos de referencia del servicio de forma objetiva, clara y precisa, el plazo, modo y forma de cumplir dicha obligación contractual?***

<sup>1</sup> "*En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección*"

<sup>2</sup> De acuerdo con el numeral 138.1 del artículo 138 del Reglamento "*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.*"

- 2.3.1. Tal como se ha precisado anteriormente, el incumplimiento injustificado por parte del contratista se configura cuando se infringe los acuerdos y obligaciones previstos en el contrato por motivos que le resultan imputables, es decir, por circunstancias y/o acontecimientos dentro de su responsabilidad y ámbito de control, y respecto de los cuales no tiene justificación alguna.

Para tales efectos, el área usuaria –o el órgano al que se le haya asignado tal función-, deberá verificar “la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales” a efectos de otorgar la conformidad de la prestación, para lo cual deberá remitirse a lo establecido en el contrato y los documentos que lo conforman (entre ellos, los términos de referencia contenidos en las Bases, tratándose de servicios).

- 2.4. *¿En el mismo orden de razonamiento de las preguntas precedentes, se consulta, si en supuesto en el que la obligación de un contratista, su cumplimiento está condicionado a que la propia Entidad contratante emita un acto previo o una declaración respecto del mismo servicio contratado, y esta no cumple con esa obligación, se considera incumplida injustificadamente las obligaciones del contratista?***

- 2.4.1. Tal como se ha precisado anteriormente, el incumplimiento injustificado por parte del contratista se configura cuando se infringe los acuerdos y obligaciones previstos en el contrato por motivos que le resultan imputables, es decir, por circunstancias y/o acontecimientos dentro de su responsabilidad y ámbito de control.

Para tales efectos, el área usuaria –o el órgano al que se le haya asignado tal función-, deberá verificar “la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales” a efectos de otorgar la conformidad de la prestación, para lo cual deberá remitirse a lo establecido en el contrato y los documentos que lo conforman (entre ellos, los términos de referencia contenidos en las Bases, tratándose de servicios).

- 2.4.2. Sin perjuicio de lo señalado, en determinados casos, y atendiendo a la naturaleza y características particulares de cada contrato, la correcta y oportuna ejecución de las prestaciones por parte del contratista podrían encontrarse supeditadas o depender de ciertas actuaciones a cargo de la Entidad (como por ejemplo, las entregas parciales de terreno, cuando ello se hubiera pactado en contratos de ejecución de obra).

Asimismo, incluso en el propio contrato podría establecerse que el inicio del plazo de ejecución contractual, es decir, el inicio del plazo en el que el contratista debe ejecutar las prestaciones objeto del contrato, se encuentre supeditado al cumplimiento de ciertas condiciones, o de ciertas actuaciones a cargo de la Entidad.

Ante estos supuestos, debe entenderse que no serán imputables al contratista aquellos incumplimientos que se generen debido a circunstancias y/o acontecimientos fuera de su responsabilidad y ámbito de control (como por ejemplo aquellos cuya responsabilidad radique en la propia Entidad).

Por tal motivo, a efectos de evitar controversias, resulta importante que en los documentos del procedimiento de selección, así como en el contrato, se definan de manera clara y precisa las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, **así como las condiciones contractuales bajo las cuales se debe ejecutar el contrato.**

Finalmente, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 45 de la Ley, las controversias que surjan entre las partes sobre la **ejecución**, interpretación, resolución, inexistencia,

ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1 El incumplimiento injustificado por parte del contratista se configura cuando se infringe los acuerdos y obligaciones previstos en el contrato por motivos que le resultan imputables, es decir, por circunstancias y/o acontecimientos dentro de su responsabilidad y ámbito de control, y respecto de los cuales no tiene justificación alguna.
- 3.2 A efectos de otorgar la conformidad de la prestación, el área usuaria –o el órgano al que se le haya asignado tal función-, deberá verificar “la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales”, para lo cual deberá remitirse a lo establecido en el contrato y los documentos que lo conforman (entre ellos, los términos de referencia contenidos en las Bases, tratándose de servicios).
- 3.3 No serán imputables al contratista aquellos incumplimientos que se generen debido a circunstancias y/o acontecimientos fuera de su responsabilidad y ámbito de control (como por ejemplo aquellos cuya responsabilidad radique en la propia Entidad).

Jesús María, 19 de mayo de 2022

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RMPP/cajs