

Expediente N° SDNO 34

OPINIÓN N° 046-2020/DTN

Entidad: SERGENEC S.A.C.
Asunto: Resolución de contrato
Referencia: Carta N° 097 SERGENEC/GER.GRAL.202

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de SERGENEC S.A.C., realiza consultas sobre la resolución de un contrato bajo el amparo 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 n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, y el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTA¹ 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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente a partir del 15 de

¹ A partir de la revisión del documento en referencia se ha podido advertir que las interrogantes contenidas en la consulta N° 2 no están relacionadas con la interpretación y/o aplicación de las disposiciones de normativa de contrataciones del Estado, sino que están referidas a temas del ámbito laboral, razón por la cual no serán consideradas en la presente Opinión.

diciembre de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

“Siendo la situación de Estado de Emergencia un caso fortuito o fuerza mayor no imputable ni al contratista ni a la Entidad Contratante por ser un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la ligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso del mismo, entonces esta situación "de fuerza mayor" que se alude en dicho comunicado, exime de responsabilidad al Contratista y no se configura un incumplimiento injustificado de ninguna de las partes para resolver el contrato.

Consecuentemente, la Entidad Contratante estaría facultada para resolver el contrato sobre esta causal, por acuerdo de ambas partes, pero: ¿Puede el Contratista, producida esta circunstancia, sea cual sea el periodo ejecutado hasta el momento, oponerse a este acuerdo de "ambas partes", teniendo en cuenta que, bajo las actuales condiciones (Emergencia Nacional), el más afectado sería el contratista y sus trabajadores destacados en la usuaria, pues la posible aplicación de caso fortuito (o fuerza mayor), para la resolución del contrato, beneficia a la Entidad Contratante, la que, una vez terminada la emergencia, podría convocar a un nuevo procedimiento, (que de antemano, tiene un presupuesto anual asignado para cumplir con estos servicios), sin tener en cuenta que esta interrupción perjudicaría únicamente al contratista, por los costos de desinstalación del servicio que conlleva, los compromisos de pago asumidos desde antes de iniciarse el contrato, el pago de remuneraciones, liquidaciones, proveedores, SUNAT, servicios básicos y otras deudas adquiridas con relación al servicio brindado?

¿Este escenario de Emergencia Nacional por su atipicidad debería o no debería aplicar como Causal de interrupción del Servicio (o Contrato), pues sería perjudicial solo para una de las partes siendo que no guarda una razonable proporción de equivalencia y proporcionalidad?” (sic).

2.1 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 ello, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, ante la imposibilidad sobreviniente de algunas de las partes de ejecutar las prestaciones acordadas.

2.2 En relación con lo anterior, el primer párrafo del artículo 36 de la Ley establece que ***“Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor***

que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato (...) o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes”. (El subrayado es agregado).

Del mismo modo, el numeral 164.3 del artículo 164 del Reglamento establece dentro de las causales para la resolución del contrato al caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que **imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato**.

Conforme a las normas citadas, la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando debido a un hecho o evento que se considera caso fortuito o fuerza mayor, resulte imposible de manera definitiva continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

En este supuesto, corresponde a la parte que resuelve el contrato, probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor, y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo. Como puede apreciarse del texto normativo citado, en éste no se ha previsto el acuerdo entre las partes.

Por su parte, a fin de determinar los conceptos de “*caso fortuito o fuerza mayor*” es necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que “*Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*” (El subrayado es agregado).

Ahora bien, desde el punto de vista doctrinario, corresponde hablar de *caso fortuito* como derivado de un hecho natural, de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que la *fuerza mayor* ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad o de terceros. Así, son ejemplos típicos de caso fortuito y de fuerza mayor, respectivamente, un terremoto o lluvias —o cualquier desastre producido por fuerzas naturales—, para el primer supuesto y, para el segundo supuesto, una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo)² o un paro regional.

Sobre el particular, resulta necesario precisar que un hecho o evento *extraordinario*³ se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.

² A manera de ejemplo, es pertinente señalar que para la jurisprudencia, resulta sumamente gráfico lo siguiente: “La promulgación de un Decreto de Urgencia que suspende la importación de vehículos de transporte terrestre, constituye un hecho extraordinario, porque lo ordinario en el Perú es la libre importación de bienes; imprevisible porque nadie podía suponer la expedición de tal dispositivo, e irresistible porque era de obligatorio cumplimiento, con lo que se configura la fuerza mayor” (CAS. N° 204-99).

³ Según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo extraordinario es aquello “**1. adj.** Fuera del orden o regla natural o común.”. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=HP5RXLV>

Asimismo, un hecho o evento es *imprevisible*⁴ cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.

Por último, el que un hecho o evento sea *irresistible*⁵ significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.

Cabe resaltar que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones.

De lo señalado se desprende que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor resulta procedente cuando se pruebe que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes.

En tal sentido, para que una de las partes resuelva el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrar que el hecho –*además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible*–, determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; cuando dicha parte no pruebe lo antes mencionado, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor.

En adición a lo señalado, cabe agregar que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida a los medios de solución que contemplan la Ley y el Reglamento, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada dicha la resolución.

- 2.3 Por otro lado, es importante mencionar que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto determinados mecanismos que pueden aplicar las Entidades para gestionar sus contrataciones, como por ejemplo: modificaciones contractuales, suspensión del plazo de ejecución contractual, entre otros⁶.

Respecto de los supuestos de modificación contractual, es importante indicar que si

⁴ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo imprevisible es aquello “**I. adj.** Que no se puede prever.” Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=L7EnyuT>

⁵ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo irresistible es aquello “**I. adj.** Que no se puede resistir.”. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=M8f2fZB>

⁶ Cabe precisar que, tratándose de contratos de ejecución de obra, así como sus respectivos contratos de consultoría para la supervisión de obra, que se encuentren paralizados por efecto del Estado de Emergencia Nacional, declarado por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus modificatorias, se ha emitido el Decreto Legislativo N° 1486, así como la Directiva N°005-2020-OSCE/CD, dispositivos que regulan un procedimiento excepcional de ampliación de plazo.

bien la regla general es la invariabilidad de los términos contractuales, durante la ejecución del contrato pueden presentarse una serie de eventos imprevistos que hagan necesaria su adecuación a nuevas coyunturas.

Es así que, excepcionalmente, la Entidad puede modificar el contrato, ordenando u aprobando la ejecución de prestaciones adicionales, reducciones o ampliaciones de plazo, así como convenir con el contratista otro tipo de modificaciones convencionales, siempre que tales variaciones resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, de conformidad con lo señalado por el artículo 34 de la Ley.

- 2.4 En cuanto a la suspensión del plazo de ejecución contractual, cabe indicar que este es otro de los mecanismos de gestión que ha previsto la normativa de contrataciones del Estado, pudiéndose aplicar cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que paralicen la ejecución del contrato.

Sobre el particular, los numerales 142.7 y 142.8 del artículo 142 del Reglamento establecen lo siguiente: *“Cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la ejecución de las prestaciones, estas pueden acordar por escrito la suspensión del plazo de ejecución contractual, hasta la culminación de dicho evento, sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y/o costos directos, según corresponda al objeto de la contratación; salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión.(...) Reiniciado el plazo de ejecución corresponde a la Entidad comunicar al contratista la modificación de las fechas de ejecución, respetando los términos en los que se acordó la suspensión.”*

En tal sentido, a efectos de acordar la suspensión del plazo de ejecución contractual, conforme a lo establecido en el citado dispositivo, corresponde determinar si se ha configurado *-previamente-* un evento *“no atribuible a las partes”* que origine la paralización de las prestaciones objeto del contrato.

Sobre este punto, es importante señalar que *-por regla general-* los eventos no atribuibles a las partes son hechos ajenos a su voluntad; en ese contexto, tal como lo describe la doctrina, el hecho ajeno es *“el acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, que debe originarse en una causa extraña a su libre voluntad. Se trata pues de un hecho que no proviene directamente de su persona, ni tampoco de un acto que él no realice en uso de su libertad, discernimiento, conciencia, voluntad, intención”*⁷. (El subrayado es agregado).

En este sentido, en el marco de lo establecido en el artículo 142 del Reglamento, los eventos no atribuibles a las partes deben ser entendidos como aquellos acontecimientos *ajenos a la voluntad de las partes* que producen la paralización de las prestaciones objeto del contrato; en tal sentido *no son imputables* a ninguna de ellas.

En relación con lo anterior, cabe anotar que la doctrina reconoce que dentro de estos

⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario *“Algunas consideraciones sobre la inejecución de las obligaciones”*. En: Athina N° 06, 2009, pág. 353.

eventos ajenos a la voluntad de las partes se encuentran –entre otros– los supuestos de “*caso fortuito o fuerza mayor*”.

De esta manera, en el marco de lo establecido por el artículo 142 del Reglamento, los “*eventos no atribuibles a las partes*” son aquellos acontecimientos ajenos a su voluntad, que originan la paralización de la ejecución de las prestaciones, y en virtud de los cuales puede acordarse la suspensión de su plazo de ejecución; tales eventos pueden sustentarse -entre otros casos- en la configuración de un “*caso fortuito o fuerza mayor*”.

En este punto, y en relación con los conceptos contenidos en la consulta, cabe precisar que tanto la “resolución del contrato” como la “suspensión del plazo de ejecución” pueden ampararse en eventos no atribuibles a las partes; sin embargo, debe tenerse en cuenta que **para invocar la resolución contractual será necesario demostrar - además de que dicho evento constituye un hecho fortuito o fuerza mayor- la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.**

- 2.5 Ahora bien, es importante señalar que la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional dispuesta mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus posteriores prórrogas, han podido afectar los contratos suscritos con el Estado que se encuentren vigentes, tanto del lado del contratista como del lado de la Entidad, debido a la orden de aislamiento o inmovilización social decretada por el Gobierno.

No obstante, tal como se ha venido desarrollando en los numerales precedentes, la normativa de contrataciones del Estado contempla determinadas herramientas de gestión con el fin de que las Entidades puedan adecuar la ejecución de sus contrataciones a esta nueva coyuntura, sin tener que llegar al extremo de aplicar la resolución del contrato.

Es así que este Organismo Técnico Especializado, mediante Comunicado N° 005-2020, emitió ciertos lineamientos respecto de la gestión de aquellas contrataciones afectadas como consecuencia de la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, conforme a lo siguiente:

“(…) en aquellos casos en que es posible continuar con el cumplimiento de las prestaciones objeto de los contratos, es facultad de las partes el modificar las condiciones contractuales y cambiar los términos de referencia con el objeto de cumplir la finalidad de la contratación si ello fuera necesario, así como recurrir a los medios electrónicos a fin de viabilizar la presentación de informes o entregables y para sus actuaciones internas, tales como la emisión de conformidades y gestiones para el pago.

“(…) Cuando la orden de aislamiento o inmovilización social impidiera la ejecución oportuna y/o cabal de las prestaciones acordadas, las partes pueden evaluar diferir el cómputo del plazo de ejecución, suspender el plazo de ejecución hasta que cese la orden de aislamiento o inmovilización social o ampliar el plazo de ejecución, entre otros mecanismos contractuales que consideren aplicar.” (El subrayado es

agregado).

De esta manera, cada Entidad debe realizar una evaluación particular de sus contrataciones a efectos de determinar en qué medida el periodo de aislamiento o de inmovilización social obligatoria afecta el cumplimiento de las prestaciones objeto de dichos contratos. A partir de esta evaluación, la Entidad podrá definir si resulta posible aplicar alguno de los mecanismos antes señalados que le permita continuar con la ejecución de las prestaciones o retomarlas una vez dadas las condiciones necesarias para ello⁸; debiendo tomar en cuenta que la resolución del contrato es una figura que sólo puede adoptar cuando resulte imposible continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Para que una de las partes resuelva el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrar que el hecho *-además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible-*, determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; cuando dicha parte no pruebe lo antes mencionado, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor.
- 3.2 Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida a los medios de solución que contemplan la Ley y el Reglamento, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución.
- 3.3 Cada Entidad debe realizar una evaluación particular de sus contrataciones a efectos de determinar en qué medida el periodo de aislamiento o de inmovilización social obligatoria dispuesto mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM (y sus posteriores prórrogas) afecta el cumplimiento de las prestaciones objeto de dichos contratos. A partir de esta evaluación, la Entidad podrá definir si resulta posible aplicar alguno de los mecanismos previstos en la normativa de contrataciones del Estado (supuesto de modificación contractual, suspensión del plazo de ejecución, entre otros) que le permita continuar con la ejecución de las prestaciones o retomarlas una vez dadas las condiciones necesarias para ello; debiendo tomar en cuenta que la resolución del contrato es una figura que sólo puede adoptar cuando resulte imposible continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

Jesús María, 24 de junio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.

⁸ Siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal.