

OPINIÓN N° 059-2023/DTN

Solicitante: Programa Nacional de Infraestructura Educativa – Pronied
Asunto: Resolución contractual
Referencia: Formato S/N de fecha 17.MAY.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Tiberio Cayo Robles Yanoc, Director Ejecutivo del Programa Nacional de Infraestructura Educativa - Pronied, formula diversas consultas referidas a la resolución contractual en el marco de lo dispuesto por 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, 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“La anterior Ley”** a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 vigente desde el 13 de febrero de 2009 hasta el 08 de enero de 2016, y modificada por la Ley N° 29873, vigente desde el 20 de septiembre de 2012.
- **“El anterior Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente desde el 13 de febrero de 2009 hasta el 08 de enero de 2016, y modificado por el

¹ En atención a la competencia conferida a este despacho en virtud del literal n) del artículo 52 de la Ley, se ha revisado el contenido de la solicitud de consulta, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°3 del TUPA del OSCE “Solicitud de Consultas de Entidades públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que de las cuatro (4) consultas formuladas, tres de ellas (la segunda, tercera y cuarta) **no han cumplido con dichos requisitos, toda vez que plantean casos particulares de un proceso de contratación a fin de determinar si, en dichos casos, corresponde o no resolver el contrato por mutuo acuerdo y cuál sería el procedimiento a seguir, así como las consecuencias al advertir atrasos injustificados que serían atribuibles al contratista (esto es, si correspondería o no aplicar penalidades y/o devolver las garantías otorgadas).** Por tanto, al no ser genéricas y no versar sobre un mismo dispositivo de la normativa de contrataciones del Estado, dichas consultas no podrán ser absueltas en vías de Opinión.

Decreto Supremo N° 21-2009-EF, Decreto Supremo N° 154-2010-EF, Decreto Supremo N° 138-2012-EF y Decreto Supremo N° 080-2014-EF.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1. ***“El artículo 44 de la Ley de contrataciones del estado, establece que cualquiera de las partes puede resolver el contrato bajo tres causales: (i) Por caso fortuito o fuerza mayor, que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, (ii) Por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, (iii) Por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.***

Ahora bien, en el caso que no sea posible la aplicación de alguno de los citados supuestos de resolución contractual, y estando pendiente un porcentaje de ejecución del contrato, se consulta:

Si es posible resolver el contrato por mutuo acuerdo conforme al artículo 1313° del Código Civil (en aplicación supletoria, conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento).” (Sic).

- 2.1.1. De manera previa, debe indicarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos o casos concretos. En esa medida, en vía de Opinión, este despacho no puede determinar si, en el marco de un caso concreto, es posible o no resolver el contrato aplicando disposiciones del Código Civil.

Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación se brindarán alcances generales sobre las causales de resolución contractual previstas en la anterior normativa de contrataciones del Estado y sobre la aplicación supletoria de normas de derecho público o privado a procesos de contratación ejecutados bajo dicha normativa.

- 2.1.2. En primer lugar, debe indicarse que en el ámbito de la anterior normativa de contrataciones del Estado², una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obligaba a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad, de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se comprometía a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

En ese contexto normativo, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes era la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verificaba durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría injustificadamente incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía la posibilidad de resolver³ el contrato ante la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas por causa atribuible a alguna de las partes.

² Compuesta por la anterior Ley, su anterior Reglamento y las disposiciones normativas emitidas por el OSCE.

³ A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”. (El resaltado es agregado). En *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

2.1.3. Al respecto, el primer párrafo del artículo 44 de la anterior Ley establecía lo siguiente: “Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.” (El subrayado es agregado).

Por su parte, el segundo párrafo del citado artículo disponía que el contrato podía resolverse por causas imputables a alguna de las partes (por incumplimiento de sus obligaciones), en cuyo caso correspondía resarcir los daños y perjuicios ocasionados. A mayor abundamiento, el artículo 168 del anterior Reglamento (concordado con el literal c) del artículo 40 de la anterior Ley) precisaba las causales de resolución contractual por incumplimiento atribuible a alguna de las partes⁴.

De esta manera, se advierte que las causales de resolución contractual que establecía la anterior normativa de contrataciones eran aquellas que se encontraban previstas taxativamente en el artículo 44 de la anterior Ley, concordadas con el anterior Reglamento; debiendo precisar que en dicho contexto normativo se limitaba la posibilidad de resolver el contrato ante la configuración de tales causales.

2.1.4 Precisado lo anterior, cabe anotar sobre la posibilidad de resolver el contrato debido a un hecho o evento que se consideraba “*caso fortuito*” o “*fuerza mayor*”, que imposibilitaba continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, de manera definitiva; que en dicho supuesto, correspondía a la parte que solicitaba la resolución contractual probar a su contraparte la ocurrencia del “caso fortuito” o “fuerza mayor”, y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo.

Para tal efecto, debía tenerse 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**⁵, 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).

Al respecto, cabe anotar que un hecho o evento extraordinario⁶ se configuraba cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucedía algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas; asimismo, un hecho o evento era imprevisible⁷ cuando superaba o excedía la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tenía el deber de prever lo normalmente previsible, mas no así lo

⁴ Artículo 168°.- Causales de resolución por incumplimiento La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que el contratista: 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales of reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169”.

⁵ Según el segundo párrafo del artículo 142 del Reglamento.

⁶ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, lo extraordinario es aquello “***I. adj.*** *Fuera del orden o regla natural o común.*” <http://lema.rae.es/drae/?val=extraordinario>

⁷ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, lo imprevisible es aquello “***I. adj.*** *Que no se puede prever.*” <http://lema.rae.es/drae/?val=imprevisible>

imprevisible; finalmente, que el hecho o evento fuera irresistible⁸ implicaba que el deudor no tenía posibilidad de evitarlo, es decir, no podía impedir su acaecimiento, por más que lo deseara o intentara.

De esta manera, en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, la configuración de un “*caso fortuito*” o “*fuera mayor*” como causal de resolución contractual era la única que eximía de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se veía imposibilitada de ejecutar las obligaciones a su cargo.

- 2.1.5 Sin perjuicio de lo expuesto, debe señalarse que conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 142 del Reglamento, “*En lo **no previsto** en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado*”. (El énfasis es agregado).

En ese contexto, atendiendo el tenor de la consulta planteada, se advierte que la aplicación supletoria de las normas del código civil que permiten otras causales de resolución contractual no sería posible en el ámbito de la anterior normativa de contrataciones del Estado, toda vez que ésta sí establecía las causales específicas y taxativas bajo las cuales podía resolverse un contrato.

Finalmente, cabe precisar que cualquier controversia que surja entre las partes sobre la resolución del contrato podía ser resuelta mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo previsto en el artículo 52 de la anterior Ley.

3. CONCLUSIÓN

- 3.1 Las causales de resolución contractual que establecía la anterior normativa de contrataciones eran aquellas que se encontraban previstas taxativamente en el artículo 44 de la anterior Ley, concordadas con el anterior Reglamento; siendo ello así la aplicación supletoria de las normas del código civil que permiten otras causales de resolución contractual no sería posible en el ámbito de la anterior normativa de contrataciones del Estado, toda vez que ésta sí establecía las causales específicas y taxativas bajo las cuales podía resolverse un contrato.

Jesús María, 12 de junio de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/.

⁸ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, lo irresistible es aquello “*1. adj. Que no se puede resistir.*” <http://lema.rae.es/drae/?val=irresistible>