

OPINIÓN N° 083-2021/DTN

Solicitante: Raising Logistics S.A.C.
Asunto: Resolución de contrato
Referencia: Formulario S/N de fecha 06.AGO.2021 – Consulta del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Eduardo Lulli Guzmán, Representante Legal de Raising Logistics S.A.C realiza 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 vinculadas 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° 1444¹, 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

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la solicitud planteada, en la presente Opinión se entenderá por:

- “Ley”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “Reglamento”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

2.1. *“En concordancia con lo establecido en el artículo 36 de la Ley N° 30225 y sus modificatorias, una de las causales en virtud de la cual una Entidad puede*

¹ Conforme ha sido recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 13 de marzo de 2019.

resolver el contrato es cuando el contratista “incumple injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarios a su cargo, pese a haber sido requerido para ello”, tal precisa el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF. En ese contexto, ¿el incumplimiento injustificado que la Entidad le atribuye al contratista en la ejecución de su obligación contractual, legal o reglamentaria, debe estar debidamente señalado y/o motivado en la carta de apercibimiento y ser el mismo incumplimiento por el cual aquella decide resolver el contrato mediante su segunda carta notarial? O bajo dicha causal, ¿la Entidad puede resolver el contrato basándose en un supuesto incumplimiento de una obligación del contratista que éste justificó –de manera debidamente sustentada-, que no le resulta imputable, y además no fue materia de requerimiento en la primera carta notarial?”.

- 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, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley², ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las obligaciones pactadas o el incumplimiento injustificado de éstas.

- 2.1.2 Sobre el particular, el numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento establece las causales de resolución contractual, precisando los supuestos en los que la Entidad puede resolver el contrato por causa atribuible al contratista, los cuales se detallan a continuación:

- i) ***Incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;***
- ii) *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,*
- iii) *Paralización o reducción injustificada de la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

Como se aprecia del referido dispositivo, una de las causales de resolución contractual que prevé el Reglamento se configura cuando el contratista **incumple**

² Al respecto, el numeral 36.1 del referido dispositivo establece lo siguiente: “Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes”. (El subrayado es agregado).

injustificadamente sus obligaciones –contractuales, legales o reglamentarias- a pesar de haber sido requerido por la Entidad para revertir dicha situación de incumplimiento, lo cual implica que la continuación de ésta misma falta –injustificada- puede motivar la decisión de la Entidad de resolver el contrato.

Adicionalmente, es importante acotar que el incumplimiento injustificado en la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista presupone la falta de sustento objetivo que, a juicio de la Entidad, no permite acreditar que dicho incumplimiento no le es atribuible al contratista; en ese contexto, si pese al requerimiento previo, el contratista persistiera en incumplir las obligaciones pendientes de ejecución, injustificadamente, ésta situación configuraría la causal de resolución contractual prevista en el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento.

2.1.3. Precisado lo anterior, debe indicarse que el artículo 165 del Reglamento establece el procedimiento de resolución del contrato, precisando lo siguiente:

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

165.2. 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.

165.3. 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. (El énfasis es agregado).

Como se observa del citado dispositivo, cuando alguna de las partes incurre en el incumplimiento injustificado de sus obligaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato, la parte perjudicada debe requerirle a la otra, mediante carta notarial, que las ejecute dentro de plazo otorgado para tal efecto, vencido el cual, si dicho incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato, comunicando ésta decisión a través de una segunda carta notarial.

En ese sentido, si la Entidad le atribuye al contratista la falta de cumplimiento de sus obligaciones –sean éstas contractuales, legales o reglamentarias-, mediante una primera carta notarial, esta debe requerirle que las ejecute, bajo apercibimiento de resolver el contrato, para lo cual le otorgará el plazo que estime pertinente según lo previsto en el artículo 165 del Reglamento; así, en caso venciera el plazo otorgado y la misma situación de incumplimiento continuara –es decir, que el contratista no haya ejecutado las obligaciones cuya falta motivaron el requerimiento cursado a través de la primera carta notarial-, la Entidad puede decidir resolver el contrato, notificando dicha decisión a través de una segunda carta notarial.

2.1.4. Por tanto, se advierte que el incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista –sean contractuales, legales o reglamentarias- que hubiere

generado la notificación de la primera carta notarial, conforme al procedimiento establecido en el numeral 165.1 del artículo 165 del Reglamento, debe encontrarse debidamente motivado por la Entidad, a fin de identificar las prestaciones u obligaciones cuya ejecución debe cumplir el contratista dentro del plazo otorgado; en ese contexto, la segunda carta notarial mediante la cual la Entidad decide la resolución del contrato, debe versar sobre la misma situación de incumplimiento que no fue revertida por el contratista pese a haber sido requerido para ello, tal como establece el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario precisar que cualquier controversia que surja entre la Entidad y el contratista sobre la resolución del contrato (total o parcial), entre otros aspectos, se resuelve mediante los mecanismos de conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, de conformidad con lo indicado en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.

2.2. *“Si la decisión de resolver el contrato bajo la causal prevista en el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento fuera materia de controversia, ¿ésta podría ser resuelta mediante conciliación, conforme a lo establecido en el numeral 224.2 del artículo 224 del Reglamento?”.*

2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, cualquier controversia que surja entre la Entidad y el contratista sobre la resolución del contrato (total o parcial), entre otros aspectos, se resuelve mediante los mecanismos de conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, de conformidad con lo indicado en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.

Ahora bien, es importante precisar que la conciliación constituye uno de los mecanismos de solución de controversias de la ejecución contractual, que prevé la normativa de Contrataciones del Estado; al respecto, cabe anotar que si bien resulta facultativo para las partes resolver sus controversias a través del referido mecanismo, tanto el numeral 45.13 del artículo 45 de la Ley³, como el numeral 224.2 del artículo 224 del Reglamento, respectivamente, disponen que es responsabilidad del Titular de la Entidad o del servidor delegado, evaluar la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral, así como la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación.

Asimismo, el referido numeral 224.2 del Reglamento precisa que dicha evaluación –de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio- se encuentra contenida en un informe técnico legal previo debidamente sustentado, en el cual se consideran –además de los criterios señalados en el párrafo anterior- los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio.

2.2.2. Por lo expuesto, se advierte que la resolución contractual puede ser materia de

³ “Constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede. El reglamento establece otros criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar”.

controversia, la cual, según el acuerdo de las partes, puede ser resuelta mediante conciliación.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. El incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista –sean contractuales, legales o reglamentarias- que hubiere generado la notificación de la primera carta notarial, conforme al procedimiento establecido en el numeral 165.1 del artículo 165 del Reglamento, debe encontrarse debidamente motivado por la Entidad, a fin de identificar las prestaciones u obligaciones cuya ejecución debe cumplir el contratista dentro del plazo otorgado; en ese contexto, la segunda carta notarial mediante la cual la Entidad decide la resolución del contrato, debe versar sobre la misma situación de incumplimiento que no fue revertida por el contratista pese a haber sido requerido para ello, tal como establece el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento.
- 3.2. La resolución contractual puede ser materia de controversia, la cual, según el acuerdo de las partes, puede ser resuelta mediante conciliación.

Jesús María, 13 de agosto de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/JEV