

OPINIÓN N° 092-2019/DTN

Solicitante: Javier Francisco Martin Rodríguez Vences
Asunto: Resolución y liquidación del contrato de obra
Referencia: Comunicación S/N recibida el 26.ABR.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Javier Francisco Martin Rodríguez Vences, formula consultas sobre el procedimiento que debe realizarse para resolver y liquidar un contrato 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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo N° 2 de su 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente hasta el 08 de enero de 2016.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente a hasta el 08 de enero de 2016.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Cuál es el procedimiento que debe seguir un Contratista, cuando decide Resolver el Contrato a una Entidad, por errores en el expediente técnico, que demandó mayores gastos de ejecución y que no podían seguir siendo asumidos por la Empresa Contratista?”¹ (Sic).

¹ De la revisión de la consulta se desprende que la ejecución de la obra no se desarrolló mediante la modalidad de ejecución por concurso oferta, que incluye la ejecución y la elaboración del expediente técnico; en ese sentido, se deduce que la prestación corresponde específicamente a la ejecución de una obra la cual es desarrollada bajo el sistema de suma alzada.

- 2.1.1. De manera previa, cabe reiterar tal como se precisó en los antecedentes de la presente opinión, que este Organismo Técnico Especializado carece de competencia para pronunciarse sobre asuntos concretos; en consecuencia, no es posible analizar el procedimiento de resolución contractual proveniente de un supuesto particular, como podría ser el caso de errores en el expediente técnico de obra que demandó mayores gastos generales y que no podían seguir siendo asumidos por el contratista.
- 2.1.2. Aclarado lo anterior, corresponde indicar que el artículo 13 de la anterior Ley establecía que el área usuaria era la dependencia de la Entidad, encargada de requerir la contratación de los bienes, servicios u obras, teniendo en cuenta los plazos de duración establecidos para cada proceso de selección, con el fin de asegurar la oportuna satisfacción de sus necesidades.

Así, al plantear su requerimiento, el área usuaria debía describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debía ser contratado. Asimismo, **en el caso de obras, además, debía contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutaría la misma y con el expediente técnico de obra aprobado.**

Por su parte, de conformidad con el artículo 184 del anterior Reglamento, el inicio del plazo de ejecución en un contrato de obra se da desde el día siguiente de cumplidas una serie de condiciones descritas en el referido artículo, dentro de ellas la prevista en el numeral 2 “*Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo*”. En ese sentido, la entrega al contratista del expediente técnico de obra completo es una acción a cargo de la Entidad necesaria –entre otras– para el inicio del plazo de ejecución de la obra.

Como se aprecia, el expediente técnico de obra era un documento que debía entregarse de manera completa para el inicio del plazo de ejecución de la obra, obligación que correspondía a la Entidad.

- 2.1.3. Preciado lo anterior, resulta pertinente señalar que en el marco de las contrataciones del Estado, lo esperado es que las partes cumplan íntegra y recíprocamente con las obligaciones a su cargo pactadas en el contrato. No obstante, tal escenario no siempre se produce, y frente a esos casos, la anterior normativa de contrataciones del Estado había previsto una serie de mecanismos y remedios, tales como la figura de la resolución contractual.

Así, el artículo 44 de la anterior Ley, en concordancia con el artículo 167 del anterior Reglamento, establecía que las partes podían resolver el contrato, **por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo**: (i) sin responsabilidad de ninguna de las partes, en una situación de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilitara de manera definitiva la continuación del contrato, y/o (ii) **por el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte.**

En relación con lo señalado anteriormente, el artículo 168 del anterior Reglamento establecía que **el contratista podía solicitar la resolución del contrato, en los casos en que la Entidad incumplía injustificadamente sus obligaciones esenciales** (las mismas que debían estar contempladas en las Bases o en el contrato), pese a haber sido requerido su cumplimiento.

Asimismo debe anotarse que, en el marco de un contrato celebrado bajo lo dispuesto en la anterior normativa de contrataciones del Estado, este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas opiniones que las “*obligaciones esenciales*” son aquellas cuyo incumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato, y en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte, siendo necesario, como **condición** adicional para tal calificación que se **hubieran contemplado en las Bases o en el contrato**; así, en el caso de la Entidad, la principal obligación esencial que debía cumplir era la del pago, pudiendo, sin embargo, existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas. En esa línea, la determinación de qué obligaciones de la Entidad tenían carácter de esenciales (cuyo incumplimiento, por tanto, podía dar lugar a la resolución del contrato por parte del contratista), dependía de las características y condiciones de cada contrato y su configuración².

En ese orden de ideas, para efectos de resolver el contrato, el contratista debía verificar que el motivo por el cual pretendía plantear la resolución fuera un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, y que dicha situación configurara un incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad.

En definitiva, el contratista solo podía resolver el contrato por hechos sobrevinientes a la suscripción de este, siempre que se tratara del incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad.

2.2. “¿Al haberse realizado la Constatación física de la Obra, cuál es el plazo que tiene la Empresa para presentar la liquidación final de Obra y cuando esta queda consentida?” (Sic).

2.2.1. En atención al tenor de la consulta planteada, debe indicarse que el artículo 209 del anterior Reglamento establecía que **la resolución del contrato** de obra determinaba la inmediata paralización de la misma; así, la parte que resolvía el contrato debía indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En dicha fecha, las partes se reunían en presencia de Notario o Juez de Paz, se realizaba el inventario en los almacenes de la obra y se levantaba un acta, - documento que tenía pleno efecto legal- en el cual se dejaba constancia de tal hecho. **Culminado este acto**, la obra quedaba bajo responsabilidad de la Entidad y **se procedía a realizar la respectiva liquidación**.

2.2.2. Respecto a la liquidación, el artículo 211 del anterior Reglamento establecía lo siguiente:

“El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo

² Concordante a lo señalado en las Opiniones N° 162-2015/DTN, N° 027-2014/DTN, N°

pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido". (El resaltado es agregado).

Del artículo 211 del anterior Reglamento puede desprenderse que a partir del día siguiente de efectuada la recepción de la obra, el contratista contaba con sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de obra (el plazo que fuera mayor), para presentar la liquidación del contrato de obra. Sin embargo, en el caso que el contrato de obra hubiera sido resuelto, en concordancia con lo indicado en el artículo 209 del anterior Reglamento, dicho plazo debía contarse a partir del día siguiente de culminada la constatación física e inventario en el lugar de la obra.

Siguiendo esa línea, luego de que el contratista presentara su liquidación, la Entidad tenía un plazo sesenta (60) días para observarla, o para presentar otra, y notificarla al contratista para que éste se pronunciara dentro de los quince (15) días siguientes. Así, cuando la liquidación era practicada por una de las partes (ya sea por la Entidad o el contratista), esta **se consideraba consentida cuando su contraparte no realizaba observaciones a la liquidación presentada dentro del plazo establecido**; por ejemplo, si el contratista presentaba su liquidación y la Entidad no formulaba ninguna observación sobre la misma dentro del plazo establecido, esta se consideraba consentida.

2.2.3. Por lo expuesto, en caso que el contrato de obra hubiera sido resuelto, el contratista tenía un plazo de sesenta (60) días —o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de obra (el que fuera mayor)— contados a partir del día siguiente en que culminaba la constatación física e inventario en el lugar de la obra para presentar su liquidación, la cual quedaba consentida si la Entidad no la observaba dentro del plazo establecido en el artículo 211 del anterior Reglamento.

2.3. ***“¿Es procedente que la Liquidación final de Obra notificada al Contratista, sea elaborada por el propio Supervisor de Obra? ¿Si la respuesta fuera no, adolecería de vicios de nulidad?”*** (Sic).

2.3.1. De manera previa, es necesario mencionar nuevamente que cuando se procedía a realizar la liquidación del contrato de obra, el contratista tenía un plazo establecido para presentar la liquidación, acto seguido, la Entidad podía observar dicha liquidación o elaborar otra, para luego notificarla al contratista y que este se pronunciara al respecto; y del mismo modo, la Entidad debía elaborar la liquidación si el contratista no cumplía con presentarla dentro del plazo establecido, y luego notificarla al contratista para que este se pronunciara al respecto.

Ahora bien, la presente consulta tiene como objetivo que se indique si era procedente que la liquidación que notificaba la Entidad al contratista podía ser elaborada por el supervisor de la obra.

2.3.2. En primer término, debe indicarse que el artículo 190 del anterior Reglamento establecía que toda obra debía contar de modo permanente y directo con un inspector o con un supervisor de obra³.

Al respecto, es preciso mencionar que, de conformidad con el artículo 193 del anterior Reglamento, la Entidad controlaba los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según correspondiera, quien era responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

En ese contexto, el supervisor tenía como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formulaba el contratista, y estaba facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudicaran la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia. Sin perjuicio de lo anterior, la actuación del supervisor debía ajustarse al contrato, sin que aquel tuviera autoridad para modificarlo.

Ahora bien, conforme a lo indicado en la Opinión N° 013-2012/DTN, cuando la Entidad no contaba con personal idóneo para revisar la liquidación presentada por el contratista o elaborarla si este no la presentó, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, podía prever la participación del supervisor en la liquidación de la obra. Dicha posibilidad se justifica en el hecho que el supervisor contaba con el conocimiento técnico necesario para realizar los cálculos correspondientes a la liquidación, así como con información relevante de la obra bajo su supervisión.

De lo señalado se advierte que el supervisor de obra, por las mismas funciones que desempeñaba y las facultades de las que disponía, tenía un conocimiento más próximo sobre la ejecución de la obra. Por lo tanto, - en concordancia con la Opinión N° 013-2012/DTN, entre otras- toda vez que la Entidad controlaba los trabajos que se efectuaban en la obra a través del supervisor, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, una Entidad podía incluir la participación del supervisor durante la liquidación de la obra.

Por lo expuesto, en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad una Entidad podía incluir la participación del supervisor durante la liquidación de la obra.

3. CONCLUSIONES

3.1. El contratista solo podía resolver el contrato por hechos sobrevinientes a la suscripción de este, siempre que se tratara del incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad.

³ Cabe indicar que el inspector era un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por ésta, mientras que el supervisor era una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. Adicionalmente, es preciso mencionar que

- 3.2. En caso de que el contrato de obra hubiera sido resuelto, el contratista tenía un plazo de sesenta (60) días —o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de obra (el que fuera mayor)— contados a partir del día siguiente en que culminaba la constatación física e inventario en el lugar de la obra para presentar su liquidación, la cual quedaba consentida si la Entidad no la observa dentro del plazo establecido en el artículo 211 del anterior Reglamento.
- 3.3. En el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad una Entidad podía incluir la participación del supervisor durante la liquidación de la obra.

Jesús María, 06 de junio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA

Directora Técnico Normativa

RAC/JDS