

Capítulo 1 del Módulo 5

Responsabilidades de los operadores de la normativa

Capacitador: Oscar Herrera Guirfa

Índice

- I. Definiciones a tener en cuenta
- II. Responsabilidad: definición y clases.
 - A. Administrativa.
 - B. Civil.
 - C. Penal.
- III. Responsabilidad de los funcionarios involucrados en las contrataciones públicas derivada de los actos preparatorios.
 - A. Plan Estratégico Institucional.
 - B. Plan Operativo Institucional.
 - C. Determinación de necesidades.
 - D. Presupuesto institucional.
 - E. Plan Anual de Contrataciones.
 - F. Expediente de Contratación.
 - G. Designación del Comité Especial.
 - H. Elaboración de las Bases.
- IV. Responsabilidad de los funcionarios involucrados en las contrataciones públicas derivada del proceso de selección
 - A. Convocatoria.
 - B. Registro de participantes.
 - C. Consultas y observaciones.
 - D. Presentación de propuestas.
 - E. Evaluación y calificación.
 - F. Otorgamiento de la Buena Pro.

- V. Responsabilidad de los funcionarios involucrados en las contrataciones públicas derivada del proceso de ejecución contractual
 - A. ¿Qué es un contrato?
 - B. Perfeccionamiento del contrato.
 - C. Suscripción del documento.
 - D. Requisitos para la suscripción del contrato.
 - E. Procedimiento para la suscripción del contrato.
 - F. Contenido del contrato.
 - G. Vigencia y plazos.
 - H. El cómputo de los plazos.
 - I. Inserción de cláusulas obligatorias en el documento de contrato.
 - 1. Cláusulas de garantía.
 - 2. Cláusulas de solución de controversias.
 - 3. Cláusulas de resolución de contrato.
 - J. Penalidades.
 - K. Resolución del contrato: causales.
 - L. Nulidad del contrato.
 - M. Disposiciones específicas sobre bienes y servicios en materia de ejecución contractual.
 - 1. Adelantos.
 - 2. Adicionales y reducciones.
 - 3. Ampliación del plazo contractual.
 - N. Adquisición y contratación complementaria.

- VI. Impedimentos y prohibiciones de los funcionarios y servidores: Ley N° 27588.

Introducción

El presente capítulo tiene por objeto analizar la intersección del Sistema de Contrataciones con el Sistema de Control. En tal sentido, primero se analizará los postulados del sistema de contrataciones, luego se evidenciará aquellas áreas que resulten sensibles a las responsabilidades y finalmente se desarrollarán los postulados más comunes utilizados por el Sistema de Control con aquellos operadores de la normativa de contrataciones.

El resultado que esperamos alcanzar es que el operador esté preparado para no incurrir en situaciones que podrían configurar responsabilidad administrativa, civil o penal.

I. Definiciones

A. Función pública

Es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus Entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. (Convención Interamericana contra la Corrupción D.S. Nº 012-97-RE, publicada el 24 de marzo de 1997).

B. Fines

Es la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía mediante el uso adecuado de los recursos públicos.

C. Gestión pública

Es el conjunto de acciones mediante las cuales las Entidades tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, los mismos que están enmarcados por las políticas gubernamentales establecidas por el Poder Ejecutivo.

D. Gerencia pública

Es el desempeño de la función ejecutiva en el gobierno; es decir, tomar decisiones sobre propósitos y acciones en contextos específicos, satisfaciendo criterios de razonabilidad, con impacto agregado en la política pública.

E. Servidor o funcionario público

Para los efectos de esta Ley, es todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las Entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales Entidades (...).”

Se considera funcionarios o servidores públicos a las personas naturales que:

- ✓ Están comprendidas en la carrera administrativa.
- ✓ Desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
- ✓ Mantienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con Entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas Entidades u organismos; independientemente del régimen laboral en que se encuentre.
- ✓ Actúan como administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
- ✓ Son miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
- ✓ Los demás indicados en el artículo 425º de la Constitución Política del Perú y la Ley.

II. Responsabilidad

A. Definición

Es la consecuencia de las acciones u omisiones imputables a los agentes públicos, incurridas en el ejercicio de sus funciones, que infraccionan algún precepto que guía su gestión, en palabras mas simples, es responder la función que se me ha encomendado

B. Elementos

- Imputabilidad: Asignación de un acto humano y sus efectos a una persona.
- Por agente público.
- En ejercicio de sus funciones.
- Se deriva de acción u omisión.
- Infracción a un precepto.

C. Clasificación

1. Por su exigibilidad

- a. **Interna:** Efectos dañosos en la administración.
- b. **Externa:** Efectos dañosos en terceros.

2. Por la actividad generadora

- a. Responsabilidad por acción.
- b. Responsabilidad por omisión.

3. Por la materia (deber incumplido y sanción)

- a. Responsabilidad administrativa.
- b. Responsabilidad civil.
- c. Responsabilidad penal.

D. Tipos de responsabilidad por la materia: administrativa, civil y penal.

1. Responsabilidad administrativa

La trasgresión de una norma establecida para regular la acción administrativa del Estado, y que existe respecto del funcionario como deber inherente a su cargo o empleo, da origen a una responsabilidad administrativa.

Se define como aquella responsabilidad en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la Entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Asimismo, incurren en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia.

Por ejemplo cuando en un proceso de selección no hago caso al Reglamento y no cumpla con los plazos establecidos para integrar las bases

2. Responsabilidad civil

Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico se haya sido ocasionado por un incumplimiento de funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve.

Ejemplo:

Cuando no aplico al contratista las penalidades por la demora injustificada en la entrega de los bienes.

- ✓ **Conducta antijurídica:** La Entidad no tiene obligación de aceptarla.
- ✓ **Daño:** Cierto, indubitable, de naturaleza patrimonial. Se incluye el daño emergente y el lucro cesante.
- ✓ **Relación de causalidad:** Buscar la causa adecuada.
- ✓ **Factor de atribución:** Dolo, culpa (inexcusable, grave, leve).

La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria. La acción correspondiente para reclamarla ante el Poder Judicial prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

3. Responsabilidad penal

Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

Ejemplo:

Cuando simulo un proceso de selección, pero en la realidad ya sé con quien voy a contratar y probablemente ya esté brindando el servicio.

El objeto de tutela penal es el correcto funcionamiento de la administración pública. Se protege:

- ✓ El ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de legalidad.
- ✓ La observancia de deberes del cargo.
- ✓ La dignidad y el prestigio de la función.
- ✓ La probidad de los agentes públicos.
- ✓ El patrimonio público y disciplina fiscal.
- ✓ La imparcialidad en el desempeño funcional.

Los principales delitos cometidos por funcionarios públicos son:

a. Abuso de autoridad

a.1. Modalidad activa

Esta modalidad se configura cuando el funcionario público, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera. Es reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

a.2. Modalidad omisiva

Esta modalidad se produce cuando el funcionario público en forma ilegal, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo. Es reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

b. Colusión

Este delito se verifica cuando el funcionario o servidor público interviene en contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante por razón de su cargo o comisión especial, y defrauda al Estado o Entidad u organismo del Estado concertando con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

Es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

c. Peculado

Este delito se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le han sido confiados por razón de su cargo.

Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

d. Malversación

Este delito se produce cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra, una aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada.

Es reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

III. Responsabilidad derivada de los actos preparatorios: funcionarios involucrados en las contrataciones públicas:

Las siguientes actuaciones administrativas se enmarcan dentro de los actos preparatorios:

A. Plan Estratégico Institucional

Antes de analizar el concepto plan estratégico debemos tener claro los conceptos misión – visión. La misión es la razón de ser de una Entidad: para lo que fue creada, para lo que existe. La visión es adonde quiere llegar. El camino entre la misión y la visión es el plan estratégico, es el plan diseñado para que en un lapso de cinco o seis años la Entidad pueda aproximarse a su visión.

B. Plan Operativo Institucional

Es la forma de ir señalando las metas propuestas por las distintas áreas de la Entidad en el plazo de un año. Mi plan operativo es la meta que la Entidad se ha planteado para desarrollar y cumplir en un año.

C. Determinación de necesidades

Cada área, para cumplimiento de sus metas propuestas, necesita los insumos que le permiten alcanzarlas. Para ello remite a la dependencia encargada de las contrataciones, usualmente al área de logística, la relación de estas.

La nueva normativa de contrataciones hace una precisión interesante en el artículo 12º del Reglamento. Indica que será el área usuaria quien definirá las características técnicas de los bienes o servicios a contratar y, sobre la base de dicho requerimiento, el órgano encargado de las contrataciones evaluará las posibilidades del mercado. Ello permitirá conocer el valor referencial, la existencia de pluralidad de marcas y postores, la información que pueda servir para establecer factores de evaluación y la pertinencia de realizar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se va a contratar, entre otros aspectos.

D. Presupuesto Institucional

Es el presupuesto que se le ha asignado a la Entidad para que satisfaga sus necesidades en el plazo de un año. El presupuesto de la Nación debe ser aprobado por el Congreso a más tardar el 30 de noviembre de cada año.

E. Plan Anual de Contrataciones

Una vez conocidas las necesidades de cada área y el presupuesto asignado a la Entidad, se podrá definir el plan de contrataciones para el año, es decir, detallar los bienes, servicios y obras que se podrán contratar, según las necesidades de la Entidad y con el presupuesto aprobado por el Congreso.

Este plan anual debe ser aprobado y remitido al OSCE a más tardar la primera quincena de enero. Si la Entidad no lo remite al OSCE, no podrá convocar ningún proceso de selección, ni siquiera una menor cuantía.

F. Expediente de contratación

Este expediente, de conformidad con el artículo 10º del Reglamento, se inicia con el requerimiento del área usuaria. Debe contener la información referida a las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de posibilidades del mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso, es decir toda la documentación del proceso (desde requerimiento del área usuaria hasta culminación del contrato), así como las ofertas no ganadoras y la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento.

G. Designación del Comité Especial

El artículo 27º del Reglamento establece que el titular o el funcionario delegado por este, designará por escrito a los integrantes del Comité Especial. Con la notificación de la designación se entregará al presidente el expediente aprobado y toda la información técnica y económica necesaria para el cumplimiento del encargo. El Comité Especial conducirá el proceso encargándose de su organización, conducción y ejecución, desde la preparación de las Bases hasta la culminación del proceso.

El Comité Especial debe estar conformado por tres miembros, necesariamente uno de los cuales debe ser del área usuaria y otro del órgano encargada de las

contrataciones. Por lo menos uno de ellos debe conocer técnicamente el objeto de la contratación.

Para los procesos de Menor Cuantía y Adjudicación Directa la Entidad podrá nombrar un Comité Especial permanente. Para conformar dicho comité sólo se requiere que uno de los miembros sea representante del OEC.

H. Elaboración de las Bases

Las Bases son las reglas de juego del proceso de selección y también de la relación contractual. Generalmente estamos acostumbrados a que nos digan que solo importa el proceso, porque incluyen los requerimientos técnicos mínimos y los factores de evaluación.

Sin embargo, las Bases incluyen, entre otros, los documentos que deberá presentar el postor adjudicatario de la Buena Pro para celebrar el contrato. Asimismo, indican la forma de pago de las prestaciones a cargo de la Entidad; y lo que es más importante, contiene la proforma del contrato. Dicha proforma será el contrato final; salvo modificaciones efectuadas en el proceso vía consultas u observaciones y de conformidad con lo establecido en el artículo 35º de la Ley.

De conformidad con la normativa de contrataciones los funcionarios que participan en los actos previos son:

- ✓ Los funcionarios del área usuaria.
- ✓ Los funcionarios del órgano encargado de las contrataciones.
- ✓ Los funcionarios del Comité Especial.

Dichos funcionarios pueden incurrir en cualquiera de las tres responsabilidades antes señaladas:

- ✓ En responsabilidad administrativa, por ejemplo, cuando incumplen con la normativa de contrataciones del Estado
- ✓ En responsabilidad civil, cuando producto de inexactas especificaciones o un deficiente estudio de mercado, obtienen un inadecuado valor

referencial, con lo cual obligan a la Entidad a pagar una suma que no corresponde.

- ✓ En responsabilidad penal, cuando por ejemplo, los actos previos han influenciado en el direccionamiento del proceso para privilegiar a un postor determinado.

IV. Responsabilidad derivada del proceso de selección: Funcionarios involucrados en las contrataciones públicas

Las siguientes acciones se enmarcan dentro la fase de selección:

A. Convocatoria

Se inicia con la publicación de las Bases en el SEACE. Incluye la publicación del resumen ejecutivo de estudio de posibilidades que ofrece el mercado, que es obligatorio para las Licitaciones Públicas, los Concursos Públicos y las Adjudicaciones Directas.

B. Registro de participantes

Los proveedores deben tener su RNP vigente y no estar inhabilitados para contratar con el Estado. Para las menores cuantías de bienes y servicios, el registro se efectuará antes de la presentación de propuestas.

C. Consultas y observaciones

Los proveedores inscritos adquieren la calidad de participantes y como tales el derecho a presentar consultas y observaciones. Mediante las consultas podrán solicitar que se aclaren dudas, incongruencias o pedir que se precise determinados aspectos de las Bases. Mediante las observaciones los participantes solicitan la modificación de las Bases por considerar que algún extremo de estas contraviene la normativa de contrataciones, o la normativa específica del servicio a contratar, como en el caso de los seguros, o los usos y costumbres del mercado, o alguno de los principios de la contratación pública.

Cabe precisar que las Bases integradas son las Bases iniciales mas la absolución de las consultas y las observaciones, de manera integral; y que la no publicación de las Bases integradas acarrea la nulidad del proceso.

D. Presentación de propuestas

Los participantes que presentan sus propuestas, adquieren la calidad de postores. Todos los documentos referidos a los requerimientos técnicos mínimos o términos de referencia son de obligatoria presentación bajo apercibimiento de descalificar la propuesta. Los documentos que acreditan los factores de evaluación son de presentación facultativa; pero deben cumplir con el puntaje mínimo de 80 o 40 puntos en la etapa técnica para pasar a la evaluación económica.

Cabe señalar que las propuestas se presentan en castellano o acompañados de traducción realizada por un traductor público juramentado, en caso se presente documentación en otro idioma.

La propuesta económica se presentará solo en ejemplar original y acompañada de la garantía de seriedad de oferta. Dicha garantía será equivalente al 1% o 2% del valor referencial y tendrá una vigencia no menor a los dos (02) meses. La forma de presentar las propuestas está regulada en el artículo 63º del Reglamento.

La normativa de contratación pública permite la posibilidad de subsanación de propuestas; pero únicamente para los documentos que hayan sido presentados y que hayan generado dudas a los miembros del Comité Especial. Para tales efectos, requerirán a los postores la subsanación de los mismos en un plazo no mayor a dos (02) días contados desde la notificación de la solicitud de subsanación.

En el caso de la propuesta económica no cabe subsanación por omisión o error; excepto en defectos de foliación y rúbrica de los folios.

E. Evaluación y calificación

Se aplicará una metodología objetiva que permita una selección de calidad y eficiencia, dentro del plazo más conveniente y al mejor costo total.

Para acreditar el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos y los factores de evaluación se solicitará los documentos estrictamente necesarios, aquellos que se han establecido para tal fin en las Bases.

F. Otorgamiento de la Buena Pro

Luego de aplicados los factores de evaluación se otorgará la Buena Pro al postor que haya obtenido el máximo puntaje.

Es factible que los postores descalificados o aquellos que consideren que merecen una mejor puntuación interpongan recurso de apelación. Para ello deberán presentar una tasa equivalente al 3% del valor referencial del proceso. Este recurso impugnativo será presentado ante la Entidad cuando el valor referencial del proceso no supere las 600 UIT; si lo supera, se presentará ante el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE.

El plazo para interponer apelación es de ocho (08) días para los Concursos o Licitaciones Públicas y de cinco (05) días para las Adjudicaciones Directas y las Menores Cuantías.

En el supuesto que exista postor único, la Buena Pro se declarará consentida el mismo día.

De conformidad con la normativa de contrataciones, los funcionarios que participan en el proceso de selección son:

- ✓ Los del Comité Especial.
- ✓ Los de órgano encargado de las contrataciones, en la etapa de notificación de la Buena Pro y solicitud de documentos.

Los funcionarios antes mencionados pueden incurrir en cualquiera de las tres responsabilidades antes señaladas; es decir en responsabilidad administrativa, por ejemplo, cuando incumplen con la normativa de contrataciones públicas; civil, cuando producto de unas deficientes Bases el proceso queda desierto o la Entidad obtiene el bien o servicio requerido a un precio más alto; penal, cuando por ejemplo, otorgan la Buena Pro a un postor con el que previamente ya habían acordado suscribir el contrato.

V. Responsabilidad derivada de la etapa contractual: funcionarios involucrados en las contrataciones públicas

Las siguientes acciones se enmarcan dentro la fase de ejecución contractual:

A. ¿Qué es un contrato de la administración pública?

Es un acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales entre dos o más partes de las cuales necesariamente una es una Entidad o empresa pública, por ello, es importante que se aplique correctamente los principios de la contratación, pues se usará el presupuesto del Estado.

Toda relación contractual se basa en dos principios esenciales:

- ✓ La buena fe.
- ✓ La común intención de las partes.

En la ejecución contractual no existe ningún tipo de exoneración. Todos deben seguir los pasos previstos en la norma. Este procedimiento también es aplicable a otros mecanismos de selección como la Compra Corporativa, la Subasta Inversa y el Convenio Marco.

B. Perfeccionamiento del contrato

El Reglamento señala que para el perfeccionamiento del contrato se debe cumplir con algunas formalidades: debe ser por escrito (cláusulas, anexos, documentos,

etc.); pero la norma admite una excepción para el caso de la menor cuantía por bienes y servicios. En este caso bastará la orden de compra u orden de servicios para formalizar un contrato. La orden de compra prueba que hay una relación contractual.

C. Suscripción del documento

El contrato lo suscribe el funcionario público que tiene las atribuciones y facultades para ello. Estas atribuciones están preestablecidas en el documento correspondiente de gestión interna o en el reglamento de la organización.

El proveedor que suscribe un contrato puede ser una persona natural o jurídica. La persona natural deberá presentar su documento nacional de identidad, con el fin de acreditar que es un ciudadano en pleno ejercicio de sus derechos civiles. No puede tener impedimento ni sanción alguna para contratar con el Estado.

La persona jurídica (una empresa) será representada por una persona natural, que deberá acreditar su representación mediante el documento de constitución de la empresa donde aparece su nombre como representante legal. Por otro lado, el suscriptor del contrato puede ser un apoderado designado por la empresa, que deberá acreditar la representación a través de un documento de poder debidamente registrado y vigente.

D. Requisitos para la suscripción del contrato

Los requisitos son formales y es responsabilidad de los funcionarios verificarlos antes de suscribir el contrato.

El Reglamento señala que dichos requisitos son los siguientes:

- ✓ Si un consorcio (dos o más proveedores juntaron sus potencialidades para presentar una mejor propuesta) obtiene la Buena Pro, este documento no será suficiente. Se necesitará un documento formalizado y legalizado notarialmente para tener una certeza del compromiso contractual que asumirá el consorcio.

Además de estos requisitos se podrán presentar otros adicionales, dependiendo de la naturaleza del contrato. Por ejemplo. La Entidad le puede exigir a una empresa de vigilancia los permisos de utilización de armas de fuego otorgado por la DICSCAMEC. Asimismo, podrá exigir carné de sanidad a la empresa proveedora de alimentos.

Debemos señalar que la presentación de la constancia de inscripción en el Registro Nacional de Proveedores - RNP, se efectúa en la etapa proceso de selección.

Si un contrato se suscribe sin la presentación de estos requisitos, se estará incurriendo en irregularidades.

E. Procedimiento para la suscripción del contrato

Existe un plazo señalado y un procedimiento previsto en el artículo 148º del Reglamento para la suscripción del contrato: entre cinco (05) y diez (10) días luego de notificado el consentimiento de la Buena Pro. Se debe tener en cuenta que dicho plazo incluye la remisión de los documentos solicitados por la Entidad, así como el apersonamiento y la firma del contratista.

Cuando el postor ganador no se presenta para la suscripción del contrato:

- ✓ Si el postor ganador no suscribe el contrato dentro del plazo de ley, pierde automáticamente la Buena Pro. No hay una segunda llamada.
- ✓ La Entidad queda habilitada para llamar al postor que quedó en segundo lugar en el cuadro de calificación de proceso.
- ✓ La Entidad está obligada a comunicar al OSCE cuando el postor no se presente, pues es una causal de sanción que el postor justificará posteriormente.
- ✓ Si el segundo postor tampoco se presenta, perderá automáticamente la Buena Pro. La Entidad no podrá llamar al postor que quedó en tercer lugar y deberá

declarar desierto el proceso. En ese caso puede solicitar, por ejemplo, la exoneración del proceso.

- ✓ La Entidad deberá comunicar a OSCE si el segundo postor falta a la suscripción.
- ✓ La Entidad que no comunica estos hechos al Tribunal de Contrataciones del Estado, incurrirá en responsabilidad.

Cuando la Entidad no cita al ganador del proceso, no suscribe el contrato o demora en suscribirlo:

- ✓ El postor deberá emplazar a la Entidad a través de una carta notarial, otorgándole diez (10) días más para la suscripción del contrato. Asimismo, por cada día adicional, la Entidad deberá reconocer a favor del postor una multa del 1 x 1000 del monto a contratar. Por ejemplo, si el contrato fue de quinientos (500) mil soles, la multa será de quinientos (500) soles a favor del postor.
- ✓ Si a pesar de los diez (10) días otorgados, la Entidad no firma el contrato, el postor procederá a cursar la comunicación a la Entidad dejando sin efecto la Buena Pro, a fin de liberarse de una posible sanción derivada por la demora de la suscripción. Asimismo, el postor tiene el derecho de solicitar una indemnización a fin de resarcir los gastos generados en todo el proceso.

Luego de ello, la Entidad deberá señalar las razones que la motivaron a no suscribir el contrato.

F. Contenido del contrato

El contrato está conformado por los siguientes documentos, que ayudarán a resolver controversias a la hora de su suscripción:

- ✓ Las Bases integradas.
- ✓ La oferta ganadora.
- ✓ Otras modificaciones no sustanciales.

El artículo 143º del Reglamento permite realizar modificaciones en el contrato. Estas modificaciones solo serán posibles en los supuestos que el contratista ofrezca un bien igual o mejor al de su oferta inicial y que las modificaciones no generen una variación a las condiciones originales, como por ejemplo, mejoras o factores de evaluación. Estas mejoras de ninguna manera pueden implicar un incremento en el precio de las prestaciones.

G. Vigencia y plazos

El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción o de la recepción de la orden de compra o de servicios, hasta la conformidad de la recepción en bienes y servicios o hasta el consentimiento de la liquidación en el caso de obras.

Hay que tener presente la diferencia entre la vigencia del contrato y el inicio del plazo de ejecución de prestaciones. La vigencia del contrato es válida desde el día siguiente de la suscripción, aún cuando la ejecución de prestaciones no está vigente luego de la suscripción del contrato. Esta ejecución puede estar sujeta a determinadas condiciones; como por ejemplo, la entrega del expediente técnico, la entrega del terreno, entre otras.

H. El cómputo de plazos

Después de suscrito el contrato, el plazo que se va a computar será en días calendario, que incluye sábado, domingo y feriado; a diferencia del proceso de selección, donde los plazos se computan a partir de días hábiles.

A partir de la suscripción de contrato, todos los plazos serán en días calendario, salvo que en los capítulos relacionados a la ejecución contractual exista una disposición expresa referida a días hábiles. Por ejemplo, para autorizar la subcontratación, la Entidad tiene cinco (05) días hábiles para responder. Para someter a controversia arbitral la resolución del contrato, existe quince (15) días hábiles por parte del perjudicado.

I. Inserción de cláusulas obligatorias en el documento de contrato

En el documento denominado contrato deberán insertarse las siguientes cláusulas:

1. Cláusulas de garantía

La Entidad se asegurará de que el contratista cumpla debidamente sus prestaciones. Un tercero avalará al contratista mediante un documento llamado garantía, que es una carta fianza o póliza de caución, donde deberá establecerse cómo operará el tema de las garantías.

Estas garantías deben tener cuatro características: irrevocables, incondicionales, solidarias y de realización automática.

2. Cláusula de solución de controversias

Después de suscribir el contrato, la relación es Entidad-Contratista; por lo tanto, las controversias posteriores se desarrollarán a través de los mecanismos alternativos como son la conciliación y el arbitraje.

Este proceso debe estar contenido en una cláusula obligatoria dentro del contrato. ¿Qué pasa si no se incluyó esta cláusula por alguna razón? La norma prevé que operará de pleno derecho el modelo de cláusula que está en el Reglamento.

3. Cláusula de resolución de contrato

A veces ocurren situaciones que van a generar conflicto entre la Entidad y el contratista que van a motivar el rompimiento del vínculo contractual. Este resultado no podrá ser decidido por ninguna de las partes, sino a través de un previo emplazamiento.

Por ello, en esta cláusula deberá definirse cómo serán los emplazamientos, el cruce de cartas respectivas y la decisión de resolver el contrato, ya sea por culpa del contratista o por culpa de la Entidad.

J. Penalidades

La norma de contrataciones públicas ha previsto que se establezca la figura de las penalidades; pero con la condición de que la penalidad no tenga justificación.

Por un lado, la Entidad deberá acreditar que está sufriendo un perjuicio por esta demora y el contratista, por su parte, deberá acreditar que la demora tiene una justificación. Las penalidades serán tomadas en cuenta sólo si las justificaciones del contratista no son válidas.

El tope máximo de penalidad por mora es de 10% del importe del contrato. Esto le permite a las Entidades tener mayor flexibilidad en el manejo de la ejecución de las prestaciones del contrato. Hay que aplicar la fórmula que está establecida en el Reglamento a efectos de calcular cuál es el monto de penalidad a aplicar.

¿Qué sucede si el contratista ya acumuló el 10% de retraso y de penalidad al inicio de los trabajos? Al acumular el monto máximo de penalidad por mora, debe entenderse que el contratista no cumplirá sus prestaciones. En este caso, la Entidad está habilitada para resolver ese contrato.

¿Qué sucede si la penalidad máxima se acumula faltando unas pocas semanas para la culminación del contrato? En este caso, la Entidad deberá evaluar cuál es la mejor solución: si es conveniente resolver o no el contrato. En muchos casos se preferirá cobrar la penalidad y esperar a que culmine el contrato para liquidar posteriormente.

Hay otras penalidades distintas a la mora. Por ejemplo, imaginemos que uno de los acuerdos de una Entidad con una empresa de vigilancia fue “encontrar al vigilante en su puesto y debidamente uniformado”. Sin embargo, los supervisores no encontraron al vigilante en su puesto de trabajo. Este también puede ser un ejemplo de penalidad distinta a la mora, que es razonable y proporcional al caso concreto.

Lo importante es señalar que esa penalidad distinta a la mora esté prevista en el contrato o en las Bases.

K. Resolución del contrato

1. Emplazamiento previo

La norma prevé la resolución del contrato y las causales de la misma. Para resolver el contrato, se requiere de un emplazamiento previo, que consiste en un requerimiento que debe hacer la parte perjudicada por incumplimiento del contrato a la otra parte. No se puede resolver el contrato unilateralmente.

2. Causales de resolución de contrato

a. Caso fortuito o fuerza mayor

La norma de contrataciones públicas nos remite al Código Civil. Dicho código aclara que se necesitan tres requisitos para que este suceso se presente: el evento debe ser irresistible, extraordinario e imprevisible. Por ejemplo, un accidente, un evento natural imprevisible, etc. Cuando ocurre algo así, se liquidará lo realizado hasta el momento, sin perjuicio alguno para las partes.

Se considera como fuerza mayor un hecho de la autoridad que se origina en función a una decisión de gobierno sustentada en una norma, como por ejemplo, cuando el gobierno decidió que el Presidente y los Ministros se atenderían en EsSalud, tal situación generó la resolución de los contratos de seguros médicos de dichos funcionarios.

b. Incumplimiento de la parte

Una de las partes incumple con el contrato y obliga a la resolución de la misma.

Causales atribuibles al contratista

- ✓ Incumplimiento injustificado de obligaciones.
- ✓ Acumulación del monto máximo por penalidad por mora. En estos casos la Entidad podrá resolver el contrato.
- ✓ La paralización o reducción injustificada. Ante esta situación, la Entidad deberá evaluar el perjuicio que le cause el contratista para resolver el contrato.

Causales atribuibles a la Entidad

- ✓ Falta de pago, que es la causal que más se presenta.
- ✓ Otras, según el contrato. Si la Entidad no cumple con algunas prestaciones que figuran en el contrato, el contratista está habilitado para emplazar a la Entidad por incumplimiento de contrato.

L. Nulidad del contrato

El contrato será declarado nulo de oficio sólo en los siguientes supuestos¹:

- 1º Por haberse suscrito en contravención del artículo 10º de la Ley.
- 2º Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad.
- 3º Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- 4º Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.

M. Disposiciones específicas sobre bienes y servicios en materia de ejecución contractual

1. Adelantos

¹ Según el artículo 56º de la Ley y 144º del Reglamento.

Los adelantos proceden cuando estén previstos en el contrato o en las Bases. Si bien el Reglamento permite el adelanto, es la Entidad quien determinará la factibilidad de los mismos.

Si la Entidad permite los adelantos, se considerarán los adelantos directos, con un tope, que es no mayor al 30% del monto del contrato.

El adelanto se debe entregar cuando se cumplan los plazos que señalan las Bases o el contrato.

2. Adicionales y reducciones

Proceden cuando sirvan para alcanzar la finalidad del contrato.

El adicional, implica hacer algo más por el contratista. Este adicional requiere una aprobación previa de la Entidad y la asignación presupuestal respectiva. Asimismo, el plazo para la entrega deberá ampliarse.

El tope máximo es de 25% del monto del contrato.

3. Ampliación del plazo contractual

Durante la ejecución contractual puede ocurrir una serie de situaciones que motiven la ampliación del plazo contractual:

- ✓ La ampliación procede cuando se aprueba un adicional que afecte el plazo.
- ✓ Cuando existan atrasos o paralizaciones que no son culpa del contratista, sino responsabilidad de la Entidad.
- ✓ Caso fortuito, el cual tiene tres requisitos esenciales: Imprevisto, irresistible y extraordinario, o fuerza mayor.

M. Adquisición y contratación complementaria

Permite a la Entidad contratar nuevamente con el contratista que está a punto de culminar la ejecución contractual, bajo los mismos términos y condiciones y por única vez.

De conformidad con la [Opinión 053-2009](#) al tratarse de una nueva contratación se le aplica la nueva Ley y su Reglamento. Por tanto, se requiere que previamente a la suscripción de la contratación complementaria la Entidad haya convocado el proceso de selección correspondiente.

El plazo para la contratación complementaria es de tres (03) meses y tiene un tope, que es hasta el 30% del contrato original.

De conformidad con la normativa de contrataciones, los funcionarios que participan en la etapa contractual son:

- ✓ Los del área usuaria.
- ✓ Los del órgano encargado de las contrataciones.

Los funcionarios antes mencionados pueden incurrir en cualquiera de las tres responsabilidades antes señaladas; es decir, en responsabilidad administrativa, por ejemplo, cuando incumplen con la normativa; civil, cuando no apliquen las penalidades a las que hubiera lugar; penal cuando se evidencie el delito de colusión.

VI. Impedimentos y prohibiciones de los funcionarios y servidores públicos

Mediante Ley N° 27588 se estableció los impedimentos que tienen los funcionarios y servidores con relación a las empresas privadas, los mismos que tienen una duración de hasta un (01) año después de haber dejado de laborar en la Entidad:

- ✓ Prestar servicios en dichas personas jurídicas.
- ✓ Aceptar representaciones remuneradas.
- ✓ Formar parte del directorio de una empresa privada.
- ✓ Adquirir directa o indirectamente acciones de dichas personas jurídicas.
- ✓ Celebrar contratos civiles o mercantiles con dichas personas jurídicas.

- ✓ Intervenir como abogados, asesores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma Entidad, salvo en causa propia.

La sanción aplicable es el cobro de una penalidad equiparable al importe cobrado durante la ejecución contractual.

Es importante tener presente que la relación de una Entidad con un funcionario o servidor se basa en la confianza depositada en este. Dicha confianza le permite tener acceso a información privilegiada, la misma que no puede ser tomada por dicho funcionario como una ventaja para obtener beneficios con el sector privado, los cuales no podrían tener sin sus vinculaciones con la Entidad en la que laboran. Por ello se deben tener presente los supuestos descritos para no incurrir en los mismos.