

Capítulo 4 del Módulo 4

Formas de conclusión del contrato

Docente: Walter Alfredo Palomino Cabezas
Procurador Público del OSCE

Pasos a seguir para el estudio de este capítulo

Paso 1.- Lea el texto del capítulo “Formas de conclusión del contrato”, que trabajaremos del 23 al 29 de marzo.

Paso 2.- Ingrese al Foro del Aula Virtual del 24 al 28 de marzo y participe en esta actividad.

Paso 3.- El 28 de marzo de 7.00 p.m. a 8.00 p.m. ingrese al Aula Virtual, a la Herramienta “Chat” y participe en esta actividad.

Paso 4.- Prosiga con el estudio del capítulo.

Índice

- I. Culminación de la ejecución contractual.
 - A. La recepción y conformidad de la prestación.
 - 1. Funcionario responsable.
 - 2. Justificación.
 - 3. Descripción de las pruebas realizadas.
 - 4. Formalidad.
 - B. Plazos de observación.
 - C. Efectos de la conformidad y el pago.
 - 1. La constancia de prestación.
 - 2. El pago.
- II. La resolución del contrato.
 - A. Objetivos de las penalidades.
 - B. Aplicación de las penalidades.
 - C. Las penalidades y la resolución del contrato.
 - D. Causales de resolución del contrato.
 - E. Procedimiento de resolución del contrato.
 - F. Efectos de la resolución del contrato.

Introducción

Los procedimientos de contratación pública están diseñados para satisfacer a las Entidades públicas, de los bienes, servicios y ejecución de obras necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales. Por tal motivo, comprenden una serie de etapas que, a manera didáctica, se dividen en tres fases: la primera, denominada Actos Preparatorios, la segunda, Proceso de Selección, y la tercera, que es el tema del módulo, Ejecución Contractual.

Históricamente, el interés y la preocupación de quienes están involucrados en la aplicación de la norma, se orientó a la primera y segunda fase: regular debidamente el proceso de selección, o en todo caso, contar con una fase de actos preparatorios sólida y debidamente sustentada, que simplificaría el proceso de selección. El tema de la ejecución contractual, como no era un tema regulado propiamente por el entonces órgano rector, Consejo Superior de Adquisiciones y Contrataciones del Estado – CONSUCODE, quedaba a expensas de lo que podría suceder al interior de las Entidades, en esa relación contractual formalizada con el contratista para el cumplimiento de las prestaciones y satisfacción de las necesidades de la Entidad.

Precisamente este es uno de los momentos claves del procedimiento de contratación pública, pues no sólo está implicado el efectivo cumplimiento de prestaciones; sino que además, se deberá aplicar debidamente, a casos concretos, temas tan polémicos como son los adicionales, la ampliación de plazos con los gastos generales que genera, la contratación complementaria, entre otros.

En este escenario, la culminación del contrato es un tema que adquiere singular importancia; pues la Entidad expresa su conformidad con el bien, servicio u obra que recibe y dispone el pago respectivo que ello implica. En otras palabras, es el momento de la efectiva disposición de presupuesto público como contraprestación de lo recibido por la Entidad, de por sí trascendental. Por ello, obliga a establecer formalidades y procedimientos claros en la Ley y el Reglamento.

De otro lado, la posibilidad que el contrato no culmine debido al incumplimiento de las partes respecto de sus obligaciones contractuales, es una situación circundante, con lo cual también debe tomarse la decisión de culminar el contrato, vía resolución del mismo.

Estos aspectos son los que a continuación desarrollaremos en este capítulo, con base a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento).

I. Culminación de la ejecución contractual

A. La recepción y conformidad de la prestación

Una vez concluidas las fases de actos preparatorios y el proceso de selección, se lleva a cabo la ejecución propia de las prestaciones a cargo del contratista, es decir, la fase de ejecución contractual. Es el momento de recepción por parte de la Entidad, del respectivo bien, servicio u obra, a efectos de determinar si esas prestaciones han sido cabalmente cumplidas por dicho contratista y de expresar la conformidad a las mismas.

Dado que se trata de la culminación misma de la ejecución de prestaciones así como del propio contrato, la Entidad debe cumplir con las siguientes formalidades¹:

1. Funcionario responsable

La emisión de la conformidad a la prestación es facultad solamente del funcionario o servidor público designado conforme a las normas internas o por el órgano de administración o aquel funcionario del área usuaria, si las Bases lo han determinado así. Este funcionario puede denominarse supervisor de contrato, supervisor de cumplimiento o tener otra denominación que le refiera responsabilidad en cuanto a la verificación del cumplimiento del servicio por parte del contratado.

La designación del funcionario responsable de emitir la conformidad debe constar de manera expresa y no debe admitir duda alguna. Por tanto, carecerá de validez aquella conformidad de recepción de bienes, de prestación de servicios o de ejecución de obra emitida por funcionario incompetente. Ello implicaría en algunos casos la ilegalidad del documento y la necesidad de determinar las responsabilidades administrativas, civiles y penales que pudieran configurarse.

El funcionario responsable designado deberá efectuar las observaciones que correspondan. En caso verificara incumplimientos o deficiencias, deberá consignarlos en el acta respectiva, que es la denominación del documento en el cual constará la evidencia de la deficiencia de la prestación por parte del contratado responsable.

¹ Establecidas en el artículo 176° del Reglamento.

Se otorgará al contratista un plazo prudencial a efectos de que subsane dicha falta o deficiencia. Este plazo, no menor de dos (02) ni mayor de diez (10) días calendario, será determinado por la propia Entidad y/o el funcionario; pues dependerá de la complejidad del bien o del servicio.

En este caso debemos determinar si, en el caso de plantearse observaciones por parte de la Entidad y concederse al contratista un plazo para que las levante, se debe aplicar o no la correspondiente penalidad. Debe tenerse presente que la norma no le está dando al contratista la posibilidad de resarcir su defecto o deficiencia. Por el contrario, si la Entidad y/o el funcionario o servidor público no aplica dicha penalidad, lejos de la responsabilidad administrativa generada, devendrá lógicamente en una responsabilidad económica por el pago indebido efectuado, motivado por una deficiente conformidad vinculada al plazo de cumplimiento.

2. Justificación

La conformidad deberá contar con las condiciones de verificación y de cumplimiento. Deberá acreditarse las condiciones y/o pruebas que las Bases generales, la propuesta y el contrato han determinado como obligatorias. Si no se realizan dichas pruebas, no podrá emitirse dicha conformidad; si se emite, se configuraría una posible irregularidad en su emisión.

Si bien la norma de contratación pública ha establecido la posibilidad de que en la propia orden de compra u orden de servicio se efectúe u otorgue dicha conformidad, debemos precisar que se ha referido a aquellas contrataciones que por su cuantía, resulten menores en su costo o vinculación económica y por tanto su verificación no es nada complicada. Por ejemplo, dar conformidad a la compra de una cámara fotográfica, cuyas especificaciones se encuentran detalladas en la orden de compra.

Situación diferente será el otorgamiento de la conformidad en una adquisición de menor cuantía, de un equipo de control y medición de caudales. En este caso, por la especialidad y por el tipo de uso de dicho bien, será necesario que el área técnica a cargo, conforme a las Bases del proceso de adquisición, requiera la verificación de uso para el otorgamiento de la conformidad.

Por tal razón, la normativa ha previsto como exclusión en el caso de menores cuantías, a las obras y a las consultorías de obras. Estas, por su solo concepto, resultan ser más complejas y de mayor previsión y precisión

en cuanto a su cumplimiento, al estar sujeta a disposiciones formales de supervisión y de cuestionamientos más técnicos de especialidad².

3. Descripción de las pruebas realizadas

A efectos de lograr una mayor seguridad en la recepción del bien o servicio contratado, es recomendable considerar en el propio documento la certificación y consistencia del cumplimiento de las obligaciones adquiridas; pues ello tendrá repercusión no solamente en el cumplimiento sino en el efecto de garantía.

Algunas Entidades adjuntan al documento denominado conformidad de prestación, el informe en el que indican que la Entidad efectuó la verificación de las condiciones de probanza o utilidad del bien, o en su defecto, se realiza expresa mención de ello.

Al respecto, se debe tener en cuenta que debe determinarse previamente qué tipo de pruebas se realizarán sobre el bien o servicio adquirido, así como el responsable a cargo de éstas. No es prudente efectuar pruebas que no son parte de las condiciones expuestas en las especificaciones técnicas o términos de referencia.

De allí que resulta importante considerar en el Expediente de Contratación todos aquellos mecanismos, incluyendo el término de garantía, que permitan una compra o adquisición eficiente que perdure en el tiempo requerido.

4. Formalidad

Debe dejarse constancia de los hechos de forma escrita, pues todos los actos administrativos derivados de un proceso de selección son generadores de derechos y de deberes para las partes.

Por tanto, no será prudente presumir la conformidad de la prestación. Se requiere que se evidencie la formalidad del procedimiento. Debe tenerse en cuenta adicionalmente que, siendo todos los actos procedimentales sustentables, estos deben acreditar en su contenido el cumplimiento de la finalidad del documento generado.

B. Plazos de observación

² Revisar el artículo 211 de la Ley.

La normativa precisa que los plazos que corresponden a la fase de ejecución contractual se determinan y se contabilizan en días calendario. Es de aplicación lo expuesto por el artículo 184º del Código Civil, respecto al cumplimiento de plazos en días inhábiles. Por tanto, si bien la normativa ha previsto un plazo no menor a dos (02) días ni mayor a diez (10) días calendario, ello está supeditado al elemento cumplimiento, el cual es de previo conocimiento del contratado,

El postor sabe si va a cumplir o no con el plazo; por tanto, los mecanismos de cumplimiento deben de ser cuidadosamente verificados al momento de hacer la oferta. No podría determinarse, a manera de ejemplo, un excesivo abuso por parte de la Entidad por otorgar un plazo de subsanación de dos (02) días, cuando la oferta calificable del postor era de noventa (90) días, sesenta (60) días y treinta (30) días y éste ofertó treinta (30) días; pues el postor conocía previamente los riesgos a asumir como parte de la oferta y de su cumplimiento.

Si el postor no cumple, la Entidad puede optar por resolver el contrato por incumplimiento, para lo cual deberá cumplir con las formalidades establecidas en el Reglamento³.

C. Efectos de la conformidad y el pago

De un análisis de la normativa sobre contrataciones del Estado se desprenden los siguientes efectos de la conformidad:

1º En primer lugar, el artículo 177º del Reglamento señala expresamente que, luego de haberse dado la conformidad a la prestación, se genera **el derecho al pago del contratista**. Con dicha conformidad, queda determinado que el contratista ha cumplido cabalmente con lo ofrecido en su propuesta, conforme lo señalado en el artículo 49º de la Ley.

2º En segundo lugar, queda configurada la **obligación de pago por parte de la Entidad a favor del contratista**; sea en su totalidad o en la parte no liquidada. Corresponderá abonar todo aquello que la Entidad se encuentre obligada a retribuir.

3º En tercer lugar, se inicia **el régimen de responsabilidades por los defectos o vicios ocultos** que pudieran advertirse dentro del plazo a que se refiere el artículo 50º de la Ley. Se establece que todo aquello que resulte ser controvertido o derive de cualquier reclamación del contrato, será resuelto

³ En los artículos 168º y 169º del Reglamento.

mediante procedimiento conciliatorio o mediante arbitraje en los plazos establecidos

1. La constancia de prestación

Una vez otorgada la conformidad, la Entidad expedirá, de oficio o a pedido de parte, la constancia de prestación⁴.

La emisión de la constancia de prestación viene a ser un acto totalmente diferente a la conformidad de ésta. Tiene por finalidad acreditar la prestación, con las siguientes características: la identificación del objeto del contrato, el monto y la penalidad en que se hubiere incurrido. Es emitida por el órgano de administración o por el funcionario designado expresamente por la Entidad.

La conformidad de la prestación, por el contrario, tiene por objeto sustentar, acreditar y justificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, a efectos de proceder con el pago y la conclusión del contrato. Es emitida por el órgano responsable de la ejecución en la Entidad, como ya se ha referido anteriormente, denominada área usuaria, supervisor de cumplimiento o designación análoga por el cual garantiza el cumplimiento de la prestación.

2. El pago

Es el elemento necesario para la culminación del contrato. No obstante, la normatividad anterior sobre contratación pública del Estado establecía que el contrato culminaba con la sola conformidad de la recepción, en el caso de bienes y servicios y del consentimiento de la liquidación, en el caso de ejecución de obras. El tema del pago lo dejaba al contratista, como un trámite básicamente administrativo; a menos que recurriese a la vía arbitral, de lo cual no tenemos casos documentados. Ello desnaturalizaba la esencia de un contrato en cuanto a la obligación asumida respecto a prestaciones y contraprestaciones a ejecutar por ambas partes; en la cual el pago, por lo general, era la contraprestación tipo por parte de la Entidad pública.

Actualmente, la Ley y su Reglamento ha superado esta controversia, que no solo es doctrinaria; debido a los constantes reclamos y situaciones confrontadas de Entidades y proveedores que aun no cobran por las prestaciones ya ejecutadas y aceptadas por la Entidad, con la respectiva

⁴ Conforme señala el artículo 178º del Reglamento.

conformidad de recepción o con liquidación a su favor, consentida. Así, señalan forma expresa que el contrato culmina con el respectivo pago: el pago total correspondiente y no pagos parciales o a cuenta.

Esta necesaria precisión normativa que ordenó este tema de la culminación del contrato, trae de por sí **dos efectos en los procedimientos de contratación pública**:

1º Para el tema de la **contratación complementaria**, pues siendo un nuevo contrato, que procede luego de culminado el contrato original, entonces este contrato original debe haber concluido con el pago de total por parte de la Entidad. No aplicar debidamente esta disposición, traería grave distorsión en el procedimiento de ejecución contractual.

2º Para la **verificación y seguimiento de los planes de gestión institucional y el propio debido seguimiento de la ejecución de presupuesto público**, pues se tendrá certeza mínima de contratos culminados y debidamente pagados, para que las Entidades pueda realizar con mejor criterio, los actos de planeamiento o programación de futuros planes institucionales.

II. La resolución del contrato

El término resolución procede de las voces latinas *solvere* que significa desatar, desligar y *resolutio* que quiere decir acción y efecto de resolver, deshacer, destruir⁵. De allí que *resolutio* implique dejar algo sin efecto, en este caso, una relación jurídica patrimonial originada por el contrato válido, por una causal sobreviniente a su celebración.

La resolución presupone un contrato válido que, por un evento sobreviniente, como puede ser un hecho nuevo, o un incumplimiento de la contraparte posterior a la formación del contrato, de algún modo se altera las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originariamente, o se perturba la ejecución del contrato. Por tanto, el contrato no puede continuar existiendo, porque se ha modificado o en absoluto se ha quebrado, aquella composición de intereses, cuya expresión lo constituyó y en virtud a la cual las partes lo suscribieron.

Para que proceda la resolución del contrato, se presupone la existencia de un contrato perfecto, válido. En caso contrario, estaríamos ante un caso de nulidad o anulabilidad, pero no de resolución; pues las causas que producen la resolución del contrato son siempre sobrevinientes a su celebración. La acción de anulación se diferencia de la acción de resolución porque en ella actúa un vicio originario del

⁵ FORNO FLOREZ, Hugo y otros. *Temas de Derecho Contractual, Resolución por Incumplimiento*. Primera Edición, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1987.

contrato, mientras que para justificar la acción de resolución interviene un hecho nuevo.

A continuación revisaremos el tema de las penalidades, en el aspecto que guarda relación con la resolución del contrato.

A. Objetivos de las penalidades

Las penalidades constituyen un mecanismo de resarcimiento que se genera cuando existe incumplimiento por una de las partes contratantes. Su objetivo es resarcir el daño patrimonial que ha sufrido la parte que no ha visto satisfecha la prestación que esperaba y por la cual contrató.

Conforme lo señala el jurista Raúl Ferrero Costa, el resarcimiento tiene como propósito colocar al acreedor en la misma situación como si la obligación hubiese sido cumplida, lo cual comprende tanto el resarcimiento del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) como el daño extrapatrimonial (daño moral) en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución⁶. De este modo, la penalidad constituye un elemento disuasivo al posible incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes; pues de manera anticipada se conoce el monto de la misma, que en la mayoría de casos es elevado. Ello genera en la parte contratante una especie de moldeamiento de conducta orientada al cumplimiento y no lo contrario.

La penalidad puede tener su origen en el acuerdo previo de las partes contratantes y se le incorpora de manera frecuente en los contratos dentro de una denominada **cláusula penal**; aunque el jurista Carlos Cárdenas Quiroz expresa que la expresión más adecuada es **pena obligacional**.⁷ Por su parte el jurista Guillermo Cabanellas define a la **cláusula penal** de la siguiente forma: *“La cláusula penal, sin nada de pena en sentido criminal, solo puede consistir en el pago de una suma de dinero, o en cualquiera otra prestación admitida como objeto de las obligaciones, bien en beneficio del acreedor o de un tercero. Incurre en la pena estipulada el deudor si no cumple la obligación en el tiempo convenido aunque por justas razones no hubiese podido verificarse”*⁸.

En la doctrina alemana, el jurista Ludwig Eneccerus denomina **pena convencional** a la cláusula penal y respecto de ella expresa que es *“... una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como*

⁶ FERRERO COSTA Raúl, “Curso de Derecho de Obligaciones” 3ª Ed., Editorial Jurídica Grijley, Lima - Perú, 2004, p.333

⁷ CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, “Las Garantías del Derecho de Crédito y la Reforma del Código Civil de 1984”. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 671, Mayo-Junio 2002. p.501.

⁸ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Editorial Helisasta, 24ª Ed., Buenos Aires – Argentina, p.169.

*pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente.” La **cláusula penal** – o **pena obligacional** en término del jurista Carlos Cárdenas – es un elemento disuasivo. Ello, debido a que cumple una función coercitiva como garantía de cumplimiento y de resarcimiento. Aquí se verifica de manera objetiva el incumplimiento y se simplifica la determinación de la indemnización, pues su objetivo es evitar que las partes transgredan las obligaciones contractuales.*

De las definiciones esbozadas, se puede inferir que la penalidad constituye un instrumento que tiene como finalidad dar seguridad a las partes respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas a través del contrato. Sin embargo, en el caso de la contratación pública, por imperio legal se establecen penalidades en la ejecución contractual; pero siempre a favor de la Entidad.

No obstante lo antes expresado, se debe tener en cuenta que las penalidades tienen dos objetivos: por un lado, garantizar a la Entidad pública el cumplimiento de la prestación y, por el otro, estimular al acreedor el cumplimiento de lo acordado, pues el pago de penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él.

B. Aplicación de las penalidades

La penalidad, como criterio general, la relacionamos con la demora o el retraso en el cumplimiento de la prestación por parte del contratista. De esta manera se configura la denominada penalidad por mora⁹.

Hay dos temas a determinar en cuanto a su ejecución:

- ✓ **La aplicación automática o no de la penalidad**, pues la norma no establece una formalidad. Es suficiente que se acredite el retraso, para que se aplique la penalidad, sin trámite previo. No exige el descargo del contratista.

⁹ Es una penalidad por mandato de la Ley, cuyo artículo 48º establece que “*el contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento*”.

De otro lado, el artículo 165º del Reglamento establece que, “*en el caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad...*”, haciendo referencia a la fórmula que aparece en dicho artículo.

- ✓ **La determinación o calificación del retraso como injustificado**, que está relacionado al primer tema. La pregunta es la siguiente: ¿Corresponde a la Entidad determinar unilateralmente como “injustificado” el retraso?

En este punto es pertinente destacar lo señalado por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en su [Resolución 640/2001.TC-S2](#) de fecha 28 de diciembre de 2001:

“se sanciona el incumplimiento injustificado de las obligaciones y no sólo el incumplimiento de las mismas. En ese sentido, debemos precisar que, de conformidad con los artículos 1314º y siguientes del Código Civil, el deudor puede incumplir sus obligaciones en virtud de tres casos:

- A. *Por caso fortuito o fuerza mayor, de conformidad con el artículo 1315º.*
- B. *Por razones no imputables distintas al caso fortuito y fuerza mayor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1316º.*
- C. *Por dolo, culpa grave o culpa inexcusable, según lo dispuesto en los artículos 1318º, 1319º y 1320º.*

Así pues, la ausencia de justificación en el incumplimiento de las obligaciones se refiere a los casos en los que el deudor no cumple con las prestaciones a su cargo por razones imputables a él, lo que, en términos simples, significa que no existen motivos que justifique dicho incumplimiento o que lo relevan de responsabilidad. En consecuencia, considerando los supuestos establecidos en el Código Civil, para la inejecución de las obligaciones, la injustificación en el cumplimiento se configura en los casos que el incumplimiento se realice por dolo, culpa grave o culpa inexcusable”.

El contratista tiene expedito su derecho de recurrir a la vía de conciliación y/o arbitraje prevista en la Ley y en el Reglamento para cuestionar esta decisión de la Entidad, si considera que resulta arbitraria o que no corresponde calificar como injustificado el retraso. No obstante, por su naturaleza y finalidad, dicha penalidad por mora sí corresponde ser aplicada automáticamente, a efectos de cautelar los intereses de la Entidad, si ha acreditado de manera incontrovertible o con suficiente evidencia, que el retraso obedeció a razones no justificadas.

Respecto a las causas para establecer otras penalidades distinta a la mora, “se entiende que la Entidad tiene la facultad de fijar penalidades distintas a la prevista en la Ley y en su Reglamento; sin embargo, debe tenerse presente que ello no faculta a establecer parámetros excesivos en relación con la materia cuyo cumplimiento se pretende asegurar. En el mismo sentido, los supuestos que darán lugar a la aplicación de las citadas penalidades deberán encontrarse claramente definidos, con el objeto que los contratistas puedan conocerlos y

evitar incurrir en ellos. En conclusión, si bien a efectos de asegurar el cabal cumplimiento del servicio, la Entidad tiene la facultad de establecer penalidades distintas a las contempladas en el Reglamento, tal facultad debe obedecer a criterios de razonabilidad, congruencia, proporcionalidad y objetividad de manera que no afecte injustificadamente el equilibrio que debe existir entre las partes del contrato. Sin perjuicio de lo expuesto, es imperativo precisar que aun cuando el monto depende de la misma Entidad, este no deberá ser excesivo, siendo aconsejable que exista criterio de cuantificación previo al inicio del proceso de selección, a efectos de determinar el monto exacto en las Bases administrativas”¹⁰.

Para ello se debe tener presente, los siguientes criterios para establecer penalidades distintas a la penalidad por concepto de mora¹¹:

- ✓ **Las Bases pueden establecer las penalidades distintas**, ello quiere decir que tienen distinta naturaleza e incompatibilidades con las reguladas por el artículo 165º. Por lo tanto no se aplican concurrentemente, para evitar el abuso del Derecho.
- ✓ **Las penalidades deben ser objetivas, razonables y congruentes** con el objeto de la convocatoria.
- ✓ **El monto máximo equivalente es el 10% del monto del contrato vigente ó del ítem** que debió ejecutarse.
- ✓ Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora; es decir, no se aplica la fórmula a que se refiere el artículo 165º ni pueden ser concurrentes con aquellas.¹²

C. Las penalidades y la resolución del contrato

La Entidad podrá resolver el contrato, si el contratista ha 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 cargo¹³. El monto o tope máximo para el cobro de penalidades corresponde al 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem correspondiente.

Es preciso destacar dos cuestiones importantes en relación a la penalidad y su efecto en la resolución del contrato. La primera, es la **precisión reglamentaria de que no procede la aplicación conjunta del porcentaje de penalidades para**

¹⁰ Retamozo Linares, Alberto, “Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control”, Editorial San Marcos, Lima- Perú, Año 2001. p.184-185.

¹¹ Establecidas en el Artículo 165º del Reglamento.

¹² Pedroza Álvarez, Alejandro, “Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado”, Editorial Marketing Consultores, Lima Perú. 2008, p.1366

¹³ El Reglamento lo señala en forma expresa en el artículo 168º.

calcular el 10% como tope; pues como expresamente lo indica el Reglamento, los efectos de acumular el máximo porcentaje de penalidad, corresponden a cada clase de penalidad por separado.

El contratista puede tener acumulado un porcentaje de penalidad por mora, y otro porcentaje de penalidad por otros conceptos. Cuando en cualquiera de ambos casos llegue al 10% acumulado como tope, la Entidad tiene expedida su atribución de resolver el contrato.

La segunda cuestión es precisamente **la atribución de la Entidad para resolver el contrato cuando se haya acumulado el máximo porcentaje permitido (10%) de penalidad**, en cualquiera de sus clases.

La resolución del contrato por parte de la Entidad es una atribución de la misma, no un mandato imperativo. En este punto cobra una notable importancia la denominada **decisión de gestión** que, correctamente utilizada, resulta muy beneficiosa para los intereses del Estado.

De otro lado, si no está debidamente sustentada, la decisión de gestión puede ser peligrosa. Ello guarda relación con la debida aplicación de los principios Equidad y Razonabilidad de la contratación pública, por un lado; y por el otro, con la importancia de contar con un sustento técnico jurídico que motive la decisión de resolver o no el contrato por esta causal de acumulación del porcentaje máximo de penalidad¹⁴.

Esta causal de acumulación máxima de penalidad exime a la Entidad del procedimiento formal de resolución, en lo que se refiere al preaviso, al apercibimiento y plazo¹⁵,

D. Causales de resolución del contrato¹⁶

1. Incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo

No obstante haber sido requerido, el contratista puede incumplir de manera injustificada las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo. Al igual que en el caso de la imposición de las penalidades, el incumplimiento debe ser injustificado; calificación que incide en la decisión de iniciar o no el procedimiento de resolución de contrato.

¹⁴ Se encuentra establecida en el numeral 2 del artículo 168º del Reglamento.

¹⁵ Conforme lo dispone el artículo 169º del Reglamento.

¹⁶ Causales señaladas en el numeral 1 del artículo 168º del Reglamento.

Es posible que el contratista pueda realmente “justificar” el retraso, conforme a los criterios del Código Civil antes reseñado. Por ello, la decisión que adopte la Entidad respecto a la resolución del contrato, debe ser adoptada con base a los principios o criterios de Equidad y Razonabilidad de la contratación pública.

En el marco de un procedimiento de resolución de contrato, existe hasta tres escenarios en los cuales se puede valorar los argumentos de hecho y de derecho del contratista, respecto a la calificación de “justificado” o “no justificado” de su incumplimiento, para que la decisión de resolver el contrato sea la correcta:

- ✓ En el momento del incumplimiento, cuando la Entidad aplique “la buena gestión” en el desarrollo de los procedimientos de contratación, antes que dicho incumplimiento cause perjuicio objetivo a la Entidad. Es una práctica real y no documentada ni formal, que permite salvar contratos logrando superar las situaciones de incumplimiento.
- ✓ Al inicio del procedimiento formal, en el momento de evaluar los descargos del contratista, luego de recibida la carta notarial de apercibimiento y plazo, emitida por la Entidad.
- ✓ En la vía de conciliación y/o arbitraje, en caso la Entidad decida resolver el contrato y esta decisión sea controvertida por el contratista en esa vía.

Sugerimos revisar dos casos, documentados por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en las siguientes resoluciones:

[Resolución N° 372/2001.TC-S2](#) expedida el 14 de setiembre de 2011, y la [Resolución N° 436/2001.TC-S2](#) de fecha 16 de octubre de 2011, que indican que no se configuró un incumplimiento “*injustificado*” al concurrir causales de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilitaron al contratista el cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

2. Paralización o reducción “injustificada” en la ejecución de la prestación

Igual criterio aplicamos para dicha causal,¹⁷ que se refiere a la paralización o reducción “injustificada” en la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido el contratista para corregir tal situación.

¹⁷ Causal establecida en el numeral 3 del artículo 168º del Reglamento.

3. Acumulación del monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo

En este caso¹⁸, nos remitimos a lo expuesto en el tema de las penalidades y sus efectos en la resolución del contrato. No obstante, más adelante señalaremos su importancia para el procedimiento formal de resolución de contrato.

E. Procedimiento de resolución del contrato

En aplicación de los principios que regula la contratación pública, se requiere de un procedimiento formal que ofrezca seguridad y otorgue al contratista la oportunidad de poder efectuar su descargo, por un lado; y por el otro, que le brinde a la Entidad los elementos necesarios para adoptar la decisión que mejor corresponda.

Este procedimiento¹⁹ prevé la necesidad de un previo emplazamiento de la parte perjudicada a la otra parte, un requerimiento formal y el otorgamiento de un plazo, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Se realiza mediante carta notarial de emplazamiento que contenga el requerimiento así como el plazo.

En caso de bienes y servicios este plazo puede ser de hasta cinco (05) días calendario; en casos complejos, de hasta quince (15) días calendario. En el caso de obras, necesariamente se concederá quince (15) días calendario.

Si la parte emplazada no subsana el incumplimiento en el plazo otorgado para tales efectos, se hará efectivo el apercibimiento. La parte afectada se encuentra expedita para cursar la segunda carta notarial, que es propiamente la que contiene la resolución contractual.

Dado que se trata de un procedimiento formal por su naturaleza y consecuencias, conviene determinar lo que sucede si es que el emplazamiento no se efectúa vía notarial sino solo por carta simple. Podría considerarse que el requerimiento efectuado por carta simple tiene validez, pues se trataría sólo de un problema de notificación que no afecta la validez del acto mismo, sino su eficacia. Por tanto, si no existe duda de la recepción de la carta simple de requerimiento por parte del emplazado y si cumplió su finalidad de comunicar el requerimiento, podría considerarse iniciado el procedimiento. Así se desprende de la Opinión N° 35-2003-GTN de la Gerencia Técnico Normativa de CONSUCODE.

¹⁸ Causal señalada en el numeral 2 del mismo artículo.

¹⁹ Está establecido en el artículo 169º del Reglamento.

No obstante, en resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado, se considera como no procedente admitir procedimientos distintos a los señalados por la Ley. En un caso concreto de incumplimiento contractual, resolvió que, al no establecerse que la carta de requerimiento haya sido diligenciada notarialmente, la Entidad no cumplió con el procedimiento. Para este tema revisar las siguientes resoluciones: [Resolución N° 623-2009 TC-S3](#) y [Resolución N° 1416-2009 TC-S3](#)).

Estas dos posiciones parecen confrontadas; sin embargo, hay que considerar lo siguiente: el emplazado que reciba una carta simple en los casos que el procedimiento exija carta notarial, tiene la posibilidad de objetar, *in límine*, dicha formalidad, en cuyo caso el requirente tendrá que reformular su emplazamiento vía notarial. Pero si el emplazado actúa en consecuencia, sobre el fondo del asunto, vale decir, cuestione no la forma sino el fondo de la decisión, podríamos entender que ha convalidado el “defecto” de notificación, en virtud del principio de convalidación del acto. En este último caso, se tendrá por bien notificada la carta de emplazamiento y se habrá dado inicio al procedimiento de resolución de contrato.

Finalmente, debemos indicar que existe la posibilidad de omitir el requerimiento previo, es decir, la referida primera carta notarial pronunciamiento, pero sólo cuando el incumplimiento es atribuido al contratista y ya la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

Dicha posibilidad de no efectuar el requerimiento previo ha sido establecida en el literal c) del artículo 40º de la Ley y desarrollada en el tercer párrafo del artículo 169º del Reglamento, que expresa lo siguiente: *“No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora o por otras penalidades, cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”*.

Al primer caso hicimos mención al referirnos a las penalidades, en cuanto se acumule, en cualquier caso de penalidad, en monto máximo de penalidad (10%). En este caso, es atribución de la Entidad, el proceder a la resolución o no del contrato. Si adopta la decisión de resolverlo, ya no está obligada a cursar la primera carta de emplazamiento, sino que bastará que curse la carta notarial de resolución. Este hecho obedece a que la acumulación del monto máximo es una situación irreversible; no obstante, hay que tener en cuenta que es una decisión de la Entidad el resolver o no el contrato por esta causal.

Con relación a la segunda causal, se presentan muchas hipótesis que deben ser correctamente evaluadas por la Entidad para establecer que se trata de una situación de incumplimiento que no pueda ser revertida. En el caso de ejecución de obras, se presenta legalmente esta situación, en los artículos 205º y 206º del Reglamento.

F. Efectos de la resolución del contrato

La resolución del contrato trae en principio, dos consecuencias inmediatas:

1. La ejecución de garantías.
2. La indemnización por mayores daños y perjuicios, en caso el contratista sea responsable de la resolución del contrato; y el reconocimiento de la indemnización por daños y perjuicios bajo responsabilidad del titular de la Entidad, en caso la resolución del contrato sea responsabilidad de la Entidad.

La otra consecuencia inmediata es:

3. El inicio del plazo para someter la resolución del contrato, por la parte que se considere perjudicada, a la vía de conciliación y/o arbitraje, siendo el plazo de quince días hábiles en el caso de bienes y servicios, y de diez días hábiles en el caso de ejecución de obras.