

Expediente: 82536
T.D.: 19856798

OPINIÓN N° 094-2021/DTN

Entidad: Estudio Echeconpar S.R.L.

Asunto: Incumplimiento de las obligaciones

Referencia: Formulario S/N de fecha 25.AGO.2021 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Eduardo Ego Aguirre, Gerente General del Estudio Echeconpar S.R.L., formula varias consultas referida al incumplimiento de obligaciones.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “Considerando que el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del

Estado (En adelante “RLCE”) establece que el requerimiento de las Entidades debe incluir las exigencias previstas en leyes, reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias, reglamentos y demás normas que regulan el objeto de la contratación con carácter obligatorio, y que en un contrato de servicios cuyo objeto tiene normas especiales, sectoriales, el proveedor tuviera la obligación de suspender la prestación del servicio a la Entidad (ante determinadas causales como por ejemplo, falta de pago al contratista o falta de pago a terceros) les consultamos

- (i) ***¿El contratista puede suspender el servicio por mandato de dicha norma sectorial sin que se le impute un incumplimiento injustificado del contrato por aplicación de normas de contratación estatal, toda vez que lo hace en cumplimiento de una normativa obligatoria que se entiende incorporada al contrato por el requerimiento?***
- (ii) ***¿El cumplimiento de una disposición legal –contenida en una norma sectorial, distinta a la LCE, pero incorporada al contrato por el requerimiento– (por ejemplo, una norma que exija suspender el servicio o solicitar documentos a la Entidad antes de continuar con el servicio) es causa válida para justificar un retraso, conforme al numeral 162.5 del artículo 162 del RLCE?***
- (iii) ***¿El cumplimiento de una disposición legal –contenida en una norma sectorial, distinta a la LCE, pero incorporada al contrato por el requerimiento –(por ejemplo, una norma que exija suspender el servicio o solicitar documentos a la Entidad antes de continuar con el servicio) es justificación suficiente para que el incumplimiento que haya acarreado no pueda ser invocado por la Entidad como causal de resolución del Contrato, conforme a lo previsto en el literal a) del artículo numeral 164.1 del artículo 164 del RLCE?” (Sic).***

2.1.1. De manera previa, debe indicarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a hechos concretos. En tal medida, no podría determinar cuáles serían los efectos concretos de la aplicación de una “norma sectorial” en un contrato público, puesto que ello sólo podría dilucidarse haciendo un análisis específico de esta.

Al respecto debe considerarse también que, en vista de que la competencia de este Organismo Técnico Especializado en cuanto a la absolución de consultas, se restringe –como se anotó– a la interpretación de la normativa de contrataciones del Estado, este no puede pronunciarse sobre el alcance de normas distintas.

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente documento se brindarán alcances generales respecto de las figuras jurídicas a las que alude la presente consulta.

2.1.2. La celebración de un contrato bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, determina la creación de, mínimamente, dos obligaciones fundamentales y

recíprocas. Así, el contratista adquiere la obligación de entregar el bien, prestar el servicio o ejecutar la obra y, de otra parte, la entidad la obligación de dar un pago a modo de contraprestación.

El cumplimiento oportuno y recíproco de estas obligaciones es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; no obstante, ello no siempre ocurre, pues alguna de las partes puede incumplirlas de manera total o parcial. Los efectos jurídicos de dicho incumplimiento dependerán de si este puede ser, o no, imputable a algunas de las partes.

Incumplimiento del plazo contractual

- 2.1.3. En el ámbito de las Contrataciones Públicas, el cumplimiento de la obligación de entregar el bien, prestar el servicio o ejecutar la obra (prestaciones del contrato) dentro del plazo contractual, se encuentra cautelado por una obligación accesorio denominada penalidad por mora.

De este modo, si el contratista no cumpliera con ejecutar la prestación del contrato dentro del plazo pactado, la Entidad le aplicará automáticamente la penalidad por mora, de conformidad con las reglas contempladas en los artículos 161 y 162 del Reglamento

Ahora bien, es posible que hubiesen acaecido circunstancias no imputables al contratista que hubiesen impedido la ejecución de las prestaciones dentro del plazo contractual. Para tal circunstancia, el numeral 162.5 del artículo 162, ha previsto lo siguiente: *“El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En este último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo”* (el énfasis es agregado).

Como se aprecia, el retraso quedará justificado siempre que la entidad hubiese aprobado una ampliación de plazo o hubiese calificado el retraso como justificado. De configurarse cualquiera de estos casos no corresponderá la aplicación de la penalidad por mora.

Ahora, en relación con la materia de la consulta, cabe mencionar que las circunstancias no imputables al contratista que pueden generar una calificación del retraso como justificado pueden ser de distinta índole; pueden consistir en hechos de la naturaleza, sociales o normas de carácter obligatorio que puedan ocasionar determinados efectos en el contrato que impidan objetivamente al contratista cumplir con sus obligaciones y con el plazo contractual pactado.

En este extremo es importante aclarar que –a fin de que se califique como justificado un retraso- no basta con dar cuenta de la existencia de determinado hecho natural, social o de la vigencia de determinada norma obligatoria, sino que el contratista

deberá acreditar y justificar de modo objetivo que estos hechos -en concordancia con las disposiciones contractuales y a la luz de las demás normas que resulten aplicables- tuvieron como efecto necesario la imposibilidad de cumplir con la ejecución de las prestaciones a su cargo dentro del plazo.

Independientemente del caso del que se trate, será responsabilidad del contratista acreditar de modo objetivamente sustentado que el incumplimiento del plazo contractual no le resulta imputable; correlativamente, será la Entidad quien -tras la evaluación de la solicitud presentada por el contratista- defina si calificará, o no, como justificado el retraso.

Incumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista.

- 2.1.4.** De conformidad con el numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento, la Entidad puede resolver el contrato por causa imputable al contratista cuando este: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; c) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para ello.

Así, siempre que la Entidad advierta la configuración de las situaciones antes descritas podrá resolver el contrato, siguiendo el procedimiento y formalidades contempladas en el artículo 165 del Reglamento. En tal circunstancia, el contratista que considere que no se ha configurado alguna de las causales invocadas para la resolución, podrá someter la decisión de la Entidad a los medios de solución de controversias que prevé la normativa de Contrataciones del Estado.

Dicho esto, en relación con la materia de la consulta, corresponde precisar que la Entidad debe verificar si se ha configurado el supuesto contemplado en el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento, esto es, deberá determinar si existe, o no, un incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista. Ahora, en relación con el análisis interno que debe realizar para valorar el incumplimiento como no imputable al contratista, y en consecuencia, no optar por el camino de la resolución del contrato, **no** bastará con que tome conocimiento de la existencia de un hecho externo como, por ejemplo, la vigencia de alguna norma jurídica, sino que deberá verificar que este hecho -en concordancia con las disposiciones contractuales y a la luz de las demás normas que resulten aplicables- tiene como efecto necesario la imposibilidad del contratista de cumplir con la prestación a su cargo.

- 2.2.** *“¿En caso las leyes o normas sectoriales obligatorias aplicables al objeto de la contratación establezcan determinadas obligaciones o actuaciones que las Entidades deban realizar como condición o requisito para el inicio o continuación de la ejecución de un servicio ¿estas Entidades estarán obligadas a realizarlas, considerando que se trata de un mandato normativo que se entiende incorporado al requerimiento y, por tanto, al contrato, conforme al artículo 29 del RLCE? En consecuencia, si el contratista incurre en algún tipo de demora o*

incumplimiento ocasionado porque la Entidad no cumple con estas obligaciones o actuaciones a su cargo ¿Será un supuesto de incumplimiento no imputable al contratista?”

Al respecto, si bien las normas obligatorias distintas a las de Contratación Pública que regulan o afectan al objeto de contratación deben ser cumplidas por las partes, cabe precisar que, en concordancia con lo desarrollado en la absolución de la consulta anterior, se deberá verificar en cada caso, si su aplicación -considerando las disposiciones contractuales, así como, todas las normas que resulten aplicables- genera como efecto necesario la imposibilidad de que el contratista cumpla con sus obligaciones. De configurarse esta situación, la Entidad no podría atribuirle al contratista el incumplimiento de dichas obligaciones.

2.3. “En caso las leyes o normas sectoriales obligatorias aplicables al objeto de la contratación exijan que el contratista en un contrato de servicio ejecute determinadas medidas – como bloquear los equipos entregados a la Entidad, suspender el servicio, entre otros-, bajo apercibimiento de sanción por parte del Estado (autoridad sectorial) ¿podrá el contratista ejecutar válidamente dichas medidas sin que ello pueda ser imputado como incumplimiento del contrato con la Entidad, toda vez que estas normas sectoriales están incorporadas al requerimiento en virtud del artículo 29 del RLCE y se entienden como obligaciones de la Entidad?”

Al respecto, si bien las normas obligatorias distintas a las de Contratación Pública que regulan o afectan al objeto de contratación deben ser cumplidas por las partes, cabe precisar que, en concordancia con lo desarrollado en la absolución de la primera consulta, se deberá verificar en cada caso, si su aplicación -considerando las disposiciones contractuales, así como, todas las normas que resulten aplicables- genera como efecto necesario la imposibilidad de que el contratista cumpla con sus obligaciones. De configurarse esta situación, la Entidad no podría atribuirle al contratista el incumplimiento de dichas obligaciones.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 A fin de que se califique como justificado un retraso no basta con dar cuenta de la existencia de determinado hecho natural, social o de la vigencia de determinada norma obligatoria, sino que el contratista deberá acreditar y justificar de modo objetivo que estos hechos tuvieron como efecto necesario la imposibilidad de cumplir con la ejecución de las prestaciones a su cargo dentro del plazo.
- 3.2 La Entidad debe verificar si se ha configurado el supuesto contemplado en el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento, esto es, deberá determinar si existe, o no, un incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista. Ahora, en relación con el análisis interno que debe realizar para que pueda valorar el incumplimiento como no imputable al contratista para luego, y en consecuencia, no optar por el camino de la resolución del contrato, no bastará con que tome conocimiento de la existencia

de un hecho externo como, por ejemplo, la vigencia de alguna norma jurídica, sino que deberá verificar que este hecho -en concordancia con las disposiciones contractuales y a la luz de las demás normas que resulten aplicables- tiene como efecto necesario la imposibilidad del contratista de cumplir con la prestación a su cargo.

- 3.3 Si bien las normas obligatorias distintas a las de Contratación Pública que regulan o afectan al objeto de contratación deben ser cumplidas por las partes, cabe precisar que, en concordancia con lo desarrollado en la absolución de la primera consulta, se deberá verificar en cada caso, si su aplicación -considerando las disposiciones contractuales, así como, todas las normas que resulten aplicables- genera como efecto necesario la imposibilidad de que el contratista cumpla con sus obligaciones. De configurarse esta situación, la Entidad no podría atribuirle al contratista el incumplimiento de dichas obligaciones.

Jesús María, 6 de octubre de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.