



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

EN SESION DE SALA PLENA DE 20 DE SETIEMBRE DE 2012, EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO HA APROBADO EL SIGUIENTE ACUERDO:

PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA COMO CONDICION NECESARIA PARA LA IMPOSICION DE SANCION

ACUERDO No. 006 /2012 20.09.2012

En este estado, la Presidenta dispuso que el Secretario dé lectura a la propuesta de acuerdo formulada por el Vocal Héctor Inga Huamán en la sesión de fecha 16 de agosto del presente año sobre el procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la imposición de sanción.

Así, el Secretario da lectura a la propuesta de Acuerdo formulada por el Vocal Héctor Inga Huamán sobre la materia referida, cuyo sustento se expone a continuación¹:

A. ANTECEDENTES

1. Mediante Acuerdo N° 018/010 - 04.09.2002, referido al procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la procedencia de la imposición de sanción, el Tribunal estableció el siguiente acuerdo de Sala Plena:

1.1. "Que, en los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con los requerimientos previos de que tratan los artículos 143 y 144 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables.

1.2. Que, en los casos que las Entidades comuniquen el incumplimiento injustificado de las obligaciones del contratista y consecuente Resolución contractual, para la aplicación de sanción por la causal contenida en el inciso b) del artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, deberán presentar la documentación que acredite haber dado cumplimiento al procedimiento dispuesto en el inciso c) del artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y los artículos 143 y 144 de su Reglamento; es decir el envío de la carta notarial de requerimiento previo al contratista para el cumplimiento de la obligación y la carta notarial mediante la cual se le comunica el Acuerdo o Resolución que resuelve el contrato. En caso de no haberse requerido al contratista, se declarará no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento²."

¹ En este punto, el Vocal Héctor Inga Huamán hace presente que, si bien algunas alusiones normativas de la propuesta que se expone hacen referencia a la versión original de determinadas normas del Reglamento (como los artículos 169 y 209), las modificaciones efectuadas en ellas y en vigencia a partir del 20 de setiembre de 2012 no alteran el sentido de su propuesta.

² Modificado por el Acuerdo N° 006-2009.

Cabe precisar que este acuerdo fue dejado sin efecto por el Acuerdo de Sala Plena N° 006-2009.

2. Mediante Acuerdo N° 017/013 - 26.09.2003, referido a las infracciones administrativas derivadas del incumplimiento de las órdenes de compra o servicios, el Tribunal estableció:

“Al producirse los supuestos de incumplimiento, por parte de los contratistas, de las obligaciones derivadas de las órdenes de compra o de servicio emitidas a su favor, consideradas como infracciones administrativas según lo previsto en el Art. 205º, literal a) del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, las Entidades deben observar oportunamente el procedimiento de resolución contractual establecido en el Art. 144º del Reglamento citado.”

3. Tal como fluye de los citados Acuerdos, su finalidad era velar porque se haya cumplido el debido procedimiento para la resolución del contrato, siendo que en caso de no haberse requerido al contratista, se debía declarar no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente.
4. En relación a la calificación de la infracción, el Tribunal ha venido emitiendo resoluciones y/o acuerdos por los cuales resolvía no imponer sanción o no iniciar el procedimiento sancionador, respectivamente, cuando se apreciaba que la resolución del contrato resultaba injustificada, sin perjuicio de que la Entidad hubiera cumplido con el procedimiento previo de resolución del contrato
5. En consecuencia, corresponde analizar si dentro de un procedimiento sancionador, el Tribunal debe analizar la procedencia o no de la resolución contractual.

B. ANALISIS

Modificación normativa en la tipificación de la infracción

6. Los Acuerdos N° 018/010 - 04.09.2002 y N° 017/013 - 26.09.2003 se emitieron bajo la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, normas que a la fecha, han sido modificadas.
7. En efecto, la tipificación de la infracción ha tenido las siguientes variaciones:
 - 7.1 En el Artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, esta infracción estuvo tipificada de la siguiente manera: *“b) Incumplan injustificadamente con las obligaciones derivadas del contrato, dando lugar a que éste se les resuelva de conformidad con el Artículo 143.”*
 - 7.2 En cambio, en el Artículo 294 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM³, se tipifica la infracción de la siguiente forma: *“2) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte”.*

³ Esta tipificación se ha mantenido en todas las modificaciones efectuadas al citado Reglamento, así como en el literal b) del numeral 51.1) del artículo 51 de la vigente Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.

- 8 Tal como fluye de los textos glosados, existe una diferencia sustancial en la tipificación de esta infracción, mientras que en el primer texto se pone de relieve el incumplimiento injustificado del contratista que tiene como consecuencia la resolución del contrato; el segundo texto enfatiza la resolución del contrato como consecuencia de una causal atribuible al contratista.
- 9 Eso significa que mientras que en el primer texto era necesario verificar si el incumplimiento del contratista que dio lugar a la resolución del contrato ha sido injustificado; el segundo texto no se orienta a ello, debido a que la tipificación de la infracción da énfasis a la consecuencia, esto es, a que la Entidad resuelva el contrato, siempre que sea por causa atribuible al contratista, siendo suficiente constatar tal condición. Ello obedece a que el contratista desde su participación en el proceso de selección tiene pleno conocimiento de las condiciones y obligaciones contractuales que debe cumplir.
- 10 Este cambio normativo, tiene una implicancia directa en el alcance de lo que el Tribunal debe resolver y los elementos que en cada caso, debe establecer como elementos configurantes de la infracción, los mismos que han sido variados sustancialmente.

La resolución contractual en la legislación vigente

- 11 El Artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, tipifica, entre otras infracciones, la prevista en el literal b) de su numeral 51.1) de la siguiente forma: *“Se impondrá sanción administrativa a los contratistas que den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte”*.⁴
- 12 Teniendo en consideración que esta infracción se encuentra relacionada con la resolución de contrato, debemos tener en cuenta el régimen legal previsto en la Ley y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento.
- 12.1 Al respecto, la resolución del contrato tiene la siguiente regulación en la Ley:

12.1.1 En el Artículo 40 de la Ley, que regula las Cláusulas obligatorias en los contratos, se prevé en el literal c), la Cláusula de Resolución de contrato por incumplimiento, estableciéndose que, en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

12.1.2 Por su parte, el Artículo 44 de la Ley, que regula la Resolución de los contratos, establece que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

⁴ Esta tipificación se mantiene en las modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobadas por la Ley N° 29873.

Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

- 12.1.3 De otro lado, el Artículo 52 de la Ley, que regula la solución de controversias durante la ejecución contractual, dispone que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Al respecto, cabe mencionar que este artículo 52 de la Ley fue modificado por la Ley N° 29873, precisándose que cuando la controversia se refiera, entre otras, a la resolución de contrato, los procedimientos de solución de controversias deberán iniciarse dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada, siendo este plazo de caducidad.

12.2 En el Reglamento, la regulación de la resolución del contrato tiene los siguientes parámetros:

- 12.2.1 En el Artículo 167, que regula la Resolución de Contrato, complementando lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley, se establece que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

- 12.2.2 El Artículo 168, referido a las Causales de resolución por incumplimiento, cuando se refiere a las causas imputables al contratista, establece que la Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista: 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; 2) 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; o 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

- 12.2.3 Por su parte, el Artículo 169, que regula el Procedimiento de Resolución de Contrato, dispone que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla, mediante carta notarial, para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo, el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá⁵ resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

⁵ El Decreto Supremo N° 138-2012-EF, modificó este artículo estableciendo el carácter potestativo de la decisión de la Entidad para resolver el contrato, a diferencia del texto original que establecía un carácter obligatorio.

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, o 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.

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de convenio marco, las comunicaciones antes indicadas se deberá realizar a través del SEACE.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento, siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

- 12.2.4 En el Artículo 170, que regula los efectos de la resolución, se establece que si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

- 12.2.5 El Artículo 209, que prevé la Resolución del Contrato de Obras, establece que la resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá 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 esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de quince⁶ (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal.

El procedimiento de resolución contractual

13 Como puede verse, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley, la resolución de un contrato puede deberse a los siguientes hechos sobrevinientes a su suscripción:

13.1 No atribuibles a las partes, como ocurre en el caso fortuito o fuerza mayor, o

13.2 Atribuibles a las partes, referida al incumplimiento de obligaciones de una de las partes del contrato, sea entidad pública o contratista.

En el caso específico de las causas atribuibles al contratista, pueden estar referidas a: i) incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo; ii) por acumulación de la penalidad máxima, sea por mora u otras penalidades; y iii) por la paralización o reducción injustificada en la ejecución de la prestación.

14 Una vez que la Entidad identifique la causal atribuible al contratista, tiene la obligación de requerir previamente⁷ el cumplimiento de su obligación dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días calendario, bajo apercibimiento de resolver el contrato, pudiendo dar mayor plazo, dependiendo del monto contractual, la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, el que no será mayor de quince (15) días calendario. Si se vence el plazo otorgado y continúa el incumplimiento, la entidad resolverá el contrato, comunicando su decisión mediante carta notarial.

15 El cumplimiento de los plazos y formas previstos en la normativa constituyen una garantía para los Contratistas, de manera que, para que se produzca la resolución, será necesario acreditar que la Entidad, cumplió con requerir y declarar la resolución siguiendo el procedimiento correspondiente.

16 Ahora bien, es necesario precisar que el acto emitido por la Entidad, se presume válido en aplicación del artículo 9 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que establece que *“todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”*. En aplicación de esta norma, el acto emitido por la Entidad, en tanto acto administrativo, *“tiene a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa (...) es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal (...) la*

⁶ Plazo modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

⁷ Este requerimiento previo no es aplicable cuando al resolución se deba a la acumulación de la penalidad máxima o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

presunción de legalidad de los Actos Administrativos encuentra fundamento en los principios de justicia, verdad, equidad oportunidad, conformidad con el derecho y buena fe. Esos principios le dan confianza a los administrados y posibilitan la actividad administrativa del Gobierno (y) responde a las exigencias de celeridad y seguridad en la actividad administrativa, que un juicio previo sobre su legitimidad podría entorpecer con daño de los intereses públicos”⁸

- 17 En el caso que el contratista considere que dicho acto no se encuentra arreglado a ley, el artículo 52 de la Ley en concordancia con los artículos 170 y 209 del Reglamento establecen que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por el contratista a conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles de comunicada la decisión de resolver el contrato, respectivamente, según se trate de contratación de bienes y servicios o de ejecución de obras. Vencidos estos plazos sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida, porque los plazos fijados para cuestionar el acto a través de los mencionados mecanismos de solución de controversias son de caducidad.
- 18 En efecto, tanto en el artículo 52 de la Ley como en los artículos 170 y 209 del Reglamento, los plazos son de caducidad, por lo que su transcurso tiene como efecto la extinción del derecho en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la Ley. Al respecto, el artículo 2003 del Código Civil señala que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente, por lo que sus efectos son la extinción tanto de la acción como del derecho que asistía a quien lo ostentaba.
- 19 Por consiguiente, una vez que transcurre el plazo de caducidad previsto en la normativa de contratación pública para iniciar la conciliación o el arbitraje, la presunción de validez de que gozaba el acto emitido por la Entidad, adquiere firmeza y ya no es posible acudir ni al Arbitraje ni a la conciliación ni al Poder Judicial para cuestionarla. Siendo así, el acto que declaró la resolución del contrato, debe surtir todos sus efectos y por tanto, debe ser ejecutado en sus propios términos.
- 20 Lo mismo ocurre cuando, pese a que la conciliación o el arbitraje se hubieran iniciado, éstos son archivados definitivamente por cualquier causal, sin que pueda cuestionarse nuevamente la decisión de la Entidad por haber operado el plazo de caducidad, lo que determina que el acto que declara la resolución contractual, sea igualmente, firme.

La competencia arbitral para cuestionar la resolución contractual

- 21 Tal como fluye de las normas comentadas anteriormente, la normativa de contratación pública -entiéndase la Ley y su Reglamento- ha establecido la vía correspondiente para resolver las controversias que se generen como producto, entre otras materias, de la resolución del contrato, pudiendo las partes recurrir a la conciliación o arbitraje. En el caso que las partes acudan a un proceso arbitral, el procedimiento sancionador se suspende y la sanción dependerá de lo resuelto en el arbitraje.
- 22 Este Tribunal advierte que el hecho de recurrir en arbitraje permite a las partes que puedan desplegar toda la actividad probatoria en la instancia correspondiente para establecer si en efecto la resolución contractual fue o no atribuible al Contratista, de manera que tengan garantizados sus derechos al debido proceso y de defensa.

⁸ Penagos, Gustavo. En: El Acto Administrativo, Parte General, Tomo I. Ediciones Librería del profesional. Bogotá, Colombia. Séptima edición. 2001. Pág. 453-461

- 23 Lo contrario, implicaría que el Tribunal asuma una competencia que no le corresponde y en un procedimiento de naturaleza sancionadora analice y determine aspectos contractuales, pese a que la Ley y el Reglamento han establecido una vía específica para ese propósito y pese a que en el procedimiento sancionador, las partes no necesariamente pueden desplegar toda la actividad probatoria que sí pueden hacerla en sede arbitral.
- 24 En consecuencia, atendiendo a los objetivos propios del procedimiento sancionador⁹, el análisis que se realice sobre los hechos denunciados, así como los descargos o aclaraciones que exponga el denunciado, únicamente tendrá como basamento el dotar a los administrados de una instancia en que se valoren los hechos presentados como atenuantes.
- 25 En consideración a lo expresado, en un procedimiento sancionador, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre la justificación de los motivos por los cuales la Entidad resolvió el contrato por causa atribuible al contratista, por lo que, se propone el siguiente criterio:

C. PROPUESTA

1. En los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables.
2. Para la aplicación de sanción por la causal contenida en el literal b) del numeral 51.1) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873, las Entidades deberán presentar la documentación que acredite (i) el envío de la carta notarial de requerimiento previo al contratista para el cumplimiento de la obligación; (ii) la carta notarial mediante la cual se le comunica la decisión de resolver el contrato. En caso de no haberse requerido al contratista o, cuando habiendo sido solicitados los documentos acreditativos por el Tribunal, éstos no se presentaran, se declarará no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento.
3. El requerimiento previo al que se alude en el numeral anterior, no será exigible cuando la resolución del contrato sea consecuencia de haber acumulado el máximo de la(s) penalidad(es) prevista(s) en el contrato o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.
4. En el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse

⁹ “Dicho procedimiento tiende, fundamentalmente, a cumplir dos objetivos. En primer lugar, constituye un mecanismo de corrección de la actividad administrativa, desde que permite al órgano con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito; en segundo término es el medio que asegura al presunto infractor, ejercer su derecho de defensa, alegando y probando lo que le resulte favorable y controlando a la par, la actuación inquisitiva de la Administración”, Morón Urbina, Juan Carlos, Comentario a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Editorial Gaceta Jurídica Novena Edición, pág. 687

iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral.

5. Dejar sin efecto el Acuerdo 017/013, de fecha 26.09.2003.

En consecuencia:

Visto y considerando la propuesta presentada por el Vocal Héctor Inga Huamán, luego del debate correspondiente, el Tribunal, por mayoría, **Acordó** aprobar el siguiente criterio de interpretación:

1. En los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables.
2. Para la aplicación de sanción por la causal contenida en el literal b) del numeral 51.1) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873, las Entidades deberán presentar la documentación que acredite (i) el envío de la carta notarial de requerimiento previo al contratista para el cumplimiento de la obligación; (ii) la carta notarial mediante la cual se le comunica la decisión de resolver el contrato. En caso de no haberse requerido al contratista o, cuando habiendo sido solicitados los documentos acreditativos por el Tribunal, éstos no se presentaran, se declarará no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento.
3. El requerimiento previo al que se alude en el numeral anterior, no será exigible cuando la resolución del contrato sea consecuencia de haber acumulado el máximo de la(s) penalidad(es) prevista(s) en el contrato o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.
4. En el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral.
5. Dejar sin efecto el Acuerdo 017/013, de fecha 26.09.2003.

El presente acuerdo estará vigente a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y será aplicable a todos los procedimientos en trámite.

El Vocal Mario Arteaga solicita en este acto que sea plasmada en la presente Acta su voto singular, cuyo sustento y sentido es el siguiente:

En referencia a los efectos del Acuerdo referido al “Criterio de interpretación sobre el procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la imposición de sanción”, y en concordancia con la preocupación manifestada por el suscrito durante la Sesión de Sala Plena N° 004/2012 de fecha 13.07.2012, a fin de evitar efectos perniciosos derivados de la interpretación, sugiero considerar la posibilidad de hacer una salvedad para la aplicación del Acuerdo.

CONSIDERACIONES:

1. Por diversas circunstancias y razones, que fundamentalmente subyacen a la escasa o nula posibilidad de que los agentes del Estado puedan hacer uso de la Conciliación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, el arbitraje se constituye como el medio único y obligatorio para tales efectos en materia de contratación pública;
2. Por su parte, el arbitraje mismo, no obstante que ya tiene más de diez años de vigencia en las compras del Estado, contrae una serie de limitaciones en su aplicación y uso; ya sea porque todavía no existen árbitros especializados (con conocimientos tanto en contrataciones públicas como en procedimiento arbitral) en todas las regiones del país, o generalmente porque, en algunos casos, resulta inviable o ineficiente desde el punto de vista económico (como consecuencia del análisis de costo-beneficio que hacen los proveedores como agentes del mercado), dado que el pago de los gastos arbitrales resulta mayor que el monto de la controversia.

Precisamente atendiendo a esta realidad es que el legislador ha considerado, en el artículo 233.3 del Reglamento, la necesidad de que el OSCE constituya uno o más *tribunales arbitrales especiales*, para atender las controversias derivadas de contratos u órdenes de compra o de servicios originados en adjudicaciones de menor cuantía y cuyo monto no supere las 15 UIT.

3. De acuerdo a la información suministrada de manera informal por la Dirección de Arbitraje del OSCE, la Directiva que regulará el establecimiento, organización y funcionamiento de los citados tribunales arbitrales especiales (y permanentes), ya se encuentra en etapa de revisión, para luego ser elevada al Consejo Directivo para su aprobación; razón por la cual, se puede considerar que ya se encuentra en marcha el proceso de superación de aquella limitación que contrae el arbitraje para la solución de conflictos en el ámbito de las compras estatales.

PROPUESTAS:

- A. Postergar o posponer la aprobación o la aplicación del Acuerdo hasta que sean instalados los Tribunales Arbitrales Especiales, que atenderán las controversias derivadas de contratos u órdenes de compra o de servicios originados en adjudicaciones de menor cuantía y cuyo monto no supere las 15 UIT; o

- B. Precisar en el Acuerdo que, hasta la fecha en que entren en funcionamiento los Tribunales Arbitrales Especiales, en los contratos u órdenes de compra o de servicios originados en adjudicaciones de menor cuantía y cuyo monto no supere las 15 UIT, el Tribunal verificará que la Entidad haya resuelto los mismos por causal atribuible al contratista, aun cuando la decisión de la Entidad haya quedado consentida (no cuando ha quedado administrativamente firme; es decir, cuando hubo arbitraje de por medio).

Firmado: Rojas de Guerra, Inga Huamán, Becerra Farfán, Vargas de Zela Sifuentes Huamán, Lazo Herrera, Arteaga Zegarra, Revilla Vergara, Ferreyra Coral, Villanueva Sandoval.