

# Consecuencias de la ejecución tardía o parcial por causa imputable al contratista

Richard **MARTIN TIRADO**<sup>(\*)</sup>

Jorge **DANÓS ORDÓÑEZ**<sup>(\*\*)</sup>

## 1. Introducción

El régimen vigente que regula los procesos de adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras por parte de las entidades del Sector Público establece un conjunto de técnicas o medidas que tienen por finalidad asegurar la ejecución oportuna y efectiva de las obligaciones a cargo de los contratistas; en otras palabras, se busca que el nivel de cumplimiento en la contratación administrativa alcance cuotas satisfactorias en correspondencia con el interés público concreto que cada contrato celebrado por una entidad administrativa pretende atender.

En la contratación administrativa cuando se produce incumplimiento por parte del contratista lo esencial no es castigar al contratista por sus faltas o sustituir el cumplimiento del contrato por una indemnización pecuniaria, sino asegurar la satisfacción del interés público comprometido en cada contrato que se expresa en la realización efectiva de una obra, de un servicio o de un suministro. En síntesis, lo que realmente importa en el campo administrativo es el cumplimiento efectivo, específico, concreto y determinado del contrato administrativo que se trate<sup>(1)</sup>.

## 2. Clases de incumplimientos en la ejecución de obligaciones por parte del contratista

Es posible sintetizar los posibles incumplimientos de las obligaciones pactadas por parte del contratista, por causas imputables exclusivamente a él, en tres categorías:

- a) **El retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.**- Situación que tendrá como consecuencia para el contratista la aplicación automática de una penalidad por mora por cada día de atraso conforme lo establece el artículo 222 del Reglamento.
- b) **El incumplimiento parcial (relativo) de las prestaciones objeto del contrato.**- Pueden suceder dos situaciones: que solo se haya cumplido una parte del contrato, o que habiéndose dado cumplimiento en términos generales a la totalidad de las prestaciones pactadas (entrega de bienes, etc.), sin em-

## Resumen ejecutivo

**Formas de incumplimiento son: la ejecución tardía o parcial y la inexecución total de la prestación por responsabilidad del contratista. Los autores desarrollan, en el presente informe, cuáles son las consecuencias de estas formas de incumplimiento, destacando que dependen mucho de la modalidad y grado de inexecución de las obligaciones contraídas.**

bargo dicho cumplimiento haya sido defectuoso por no ajustarse de forma perfecta con lo convenido, debido a que existen diferencias de calidad, cantidad o peso, entre otras.

Esta modalidad de incumplimiento puede determinar que la Administración decida la resolución de forma total o parcial del contrato con las consecuencias correspondientes (ejecución de garantías, etc.).

- c) **El incumplimiento total del contrato.**- Como se ha señalado se presenta no solo cuando el contratista incumple absoluta o radicalmente todas sus obligaciones, sino también cuando cumple solo una parte de ellas o lo hace de manera defectuosa pero afectando al contrato en su conjunto, o incluso cuando se presentan retrasos reiterados en el cumplimiento de contratos de ejecuciones periódicas.

## 3. Consecuencias del cumplimiento tardío o parcial e incumplimiento total por parte del contratista

Se contempla las siguientes posibles consecuencias, dependiendo de la modalidad y del grado de incumplimiento injustificado de las obligaciones:

- a) La aplicación de la penalidad por mora por cada día de atraso injustificado.
- b) La resolución parcial o total del contrato decidida por la Administración.
- c) La ejecución de las garantías otorgadas

por el contratista, en especial la garantía de fiel cumplimiento del contrato y, solo de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta.

- d) La exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios.
- e) La aplicación de la sanción administrativa de inhabilitación.

## 4. Las penalidades

El artículo 222 del Reglamento establece una penalidad por mora que se aplica al contratista por cada día de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

Como bien señala García-Trevijano<sup>(2)</sup> el establecimiento de esta penalidad por mora demuestra que el plazo en los contratos administrativos "no constituye un elemento esencial, en el sentido de que su incumplimiento frustre absolutamente el interés de la Administración e imposibilite el cumplimiento tardío del contrato (...) La mora es el retraso no excusable que no impide el cumplimiento tardío, es más para que pueda hablarse propiamente de mora, es preciso que la obligación este aún en condiciones de prestarse una vez vencido el plazo, ya que en otro caso se estaría ante un incumplimiento absoluto. Este último concurre cuando el incumplimiento del plazo frustra definitivamente el interés del acreedor, de tal manera que, como se dice, sea ya imposible el cumplimiento en mora para satisfacer la finalidad perseguida con la obligación".

La penalidad por mora debido al retraso injustificado del contratista se aplica automática-

CONSECUENCIAS DEL CUMPLIMIENTO TARDÍO O PARCIAL POR PARTE DEL CONTRATISTA

Aplicación de penalidad por mora por cada día de atraso, conforme a la fórmula del artículo 222 del RLCAE. Así visto, el plazo no constituiría elemento esencial, pues, pese al incumplimiento todavía puede prestarse la obligación.

Resolución parcial o tardía del contrato decidida por la Administración. Opera cuando no es posible el cumplimiento tardío, teniendo en cuenta que lo esencial es que el contratista efectúe las prestaciones a las que se ha obligado (artículos 41 LCAE y 225 RLCAE).

Ejecución de las garantías otorgadas por el contratista. Para ello es requisito indispensable que se haya resuelto el contrato, y ello haya quedado consentido o que exista de por medio laudo consentido y ejecutoriado.

Responsabilidad por daños. Si fuera el caso, cabe demandar el reconocimiento y pago de daños y perjuicios en la vía arbitral, ello sin perjuicio del cobro de la garantía (que tiene carácter indemnizatorio o penal).

Cabe inclusive la inhabilitación del contratista (inhabilitación para contratar con el Estado), decidida por el Tribunal del Consume. La tipificación de las infracciones se encuentra en el artículo 294, inc. 2 RLCAE

mente, a diferencia del procedimiento de resolución del contrato que no requiere intimación al contratista.

El citado artículo 222 del Reglamento establece una fórmula para su cálculo en función de cada día de retraso y que toma en cuenta si los plazos establecidos contractualmente son menores o mayores de sesenta días y si se trata de contratos de bienes y servicios o de obras.

La referida penalidad podrá ser cobrada por la entidad administrativa contratante mediante deducción aplicada a los pagos a cuenta de que realice en favor del contratista, o del pago o liquidación final; incluso, si fuese necesario, se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento o, de ser el caso, de la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta.

Es importante tener presente que, de conformidad con los artículos 222 y 225, numeral 2) del Reglamento, solo en caso de que se alcance el monto máximo de la penalidad equivalente a un 10% del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en caso de ejecución periódica, se otorga facultades a la entidad administrativa contratante para resolver el contrato por incumplimiento.

Como se puede apreciar, las normas legales que son objeto de este comentario disponen que la Administración contratante deberá imponer penalidades por mora (sin resolución del contrato) hasta el momento que entienda que el contratista está en condiciones (aunque sea tardíamente) de concluir correctamente las obligaciones pactadas, pero si el importe acumulado de dichas penalidades supera objetivamente un determinado nivel (10% del monto contractual), corresponderá a la entidad contratante evaluar los perjuicios o beneficios que para el interés público puede implicar la decisión de la resolución del contrato.

En el caso específico del contrato de obra, el artículo 263 del Reglamento establece que cuando medie retraso injustificado por parte del contratista en el cumplimiento de determinado nivel de los avances parciales establecidos en el calendario valorizado de avance, además del pago de las penalidades por mora citadas, el contratista deberá presentar un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto. La omisión de la presentación de dicho nuevo calendario por parte del contratista podrá ser causal para que la entidad administrativa disponga la intervención económica de la obra o la resolución del contrato. Pero, si luego de presentado un

nuevo calendario se comprueba que el contratista se retrasa otra vez en el cumplimiento de sus obligaciones, ejecutando un porcentaje inferior al 80% del monto acumulado programado en el citado nuevo calendario, la norma establece que la entidad administrativa contratante deberá resolver el respectivo contrato, salvo que decida la intervención económica de la obra.

Finalmente, el artículo 223 del Reglamento confiere a la Administración contratante facultad para establecer otro tipo de penalidades distintas a la penalidad por mora, ya se trate en las bases o en un contrato concreto, pero sujeto a reglas claras ("siempre y cuando sean razonables y congruentes con la prestación a cargo del contratista"), las que deben tener como finalidad la satisfacción del interés público que, en materia de contratación, es necesariamente el cumplimiento efectivo del contrato.

## 5. La resolución del contrato

Conforme se ha comentado anteriormente lo esencial en la contratación administrativa es asegurar que el contratista efectúe las prestaciones a que se ha obligado por contrato, porque solo de esta manera se puede satisfacer la necesidad pública comprometida en cada contrato concreto, ya se trate de la prestación de bienes y servicios o la realización de una obra.

La resolución solo opera cuando ya no es posible el cumplimiento tardío del contrato, es decir cuando el incumplimiento injustificado del contratista ha frustrado el interés de la Administración contratante para satisfacer la finalidad pública perseguida con el contrato. En muchos casos la entidad contratante deberá valorar los perjuicios que para el propio interés público tendría que resolver el contrato, lo que ha de implicar, en términos generales, la realización de un nuevo procedimiento de licitación o concurso, etc., hasta la culminación de las prestaciones pactadas en un nuevo contrato.

La potestad de la entidad contratante para resolver el contrato por incumplimiento del contratista está regulada por el inciso c) del artículo 41 de la Ley y en los artículos 225 y siguientes del Reglamento.

Las causales de resolución previstas en el citado artículo 225 operan en los casos que el contratista incumpla injustificadamente las obligaciones a su cargo o cuando paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación —en ambos casos pese a haber sido requerido para corregir dicha situación—, o cuando haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora (10% del monto contractual) en la ejecución de la prestación a su cargo.

Constituye requisito esencial para disponer la resolución del contrato por incumplimiento que se le otorgue oportunidad al contratista (mediante intimación fehaciente) para que pueda cumplir con sus obligaciones, es decir poder subsanar su incumplimiento. Al respecto, el artículo 226 del Reglamento establece que la parte afectada por el incumplimiento debe requerir, mediante carta notarial, a la parte en falta para que satisfaga las prestaciones incumplidas en un plazo no mayor de cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Se faculta a la entidad contratante para establecer plazos mayores de hasta quince días, depen-

de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación o tipo de contrato. En el caso de bienes y servicios, el artículo 233 del Reglamento, que regula la recepción y conformidad de las prestaciones, dispone que en caso de existir observaciones deberán consignarse en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para la subsanación, en función de la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos días ni mayor de diez días.

Vencido el plazo otorgado al contratista para que satisfaga (subsane) el cumplimiento de sus obligaciones, la entidad administrativa contratante podrá resolver el contrato, de forma parcial o total, mediante carta notarial, explicando el motivo que lo justifica. Dispone el inciso c) del artículo 41 de la Ley, que dicha carta notarial deberá ser aprobada por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. En dicho caso el contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista.

La resolución del contrato puede realizarse de forma total o parcial, en este último caso las normas aplicables (artículos 224 y 226 del Reglamento) establecen que la resolución del contrato de forma parcial depende de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones o de algún otro factor relevante, siempre y cuando esta sea posible sin afectar el contrato en su conjunto. La resolución parcial del contrato obviamente solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento pero siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales y que la entidad administrativa contratante estime que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses públicos que a la citada entidad le corresponda satisfacer. Para que opere la resolución parcial, la entidad contratante afectada debe remitir el requerimiento al contratista en falta antes de resolver en definitiva el contrato, otorgándole la posibilidad de subsanar su incumplimiento, debiendo precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no formularse dicha precisión la norma dispone que se entenderá que la resolución del contrato será total en caso de persistir en el incumplimiento.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento injustificado del contratista, el artículo 227 del Reglamento dispone que la entidad administrativa perjudicada deberá ejecutar las garantías que el contratista hubiere otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

En el caso del contrato de obra es menester diferenciar la medida de intervención económica de la obra respecto a la resolución del contrato. La intervención económica de la obra está regulada por el artículo 264 del Reglamento y, entre otros casos, opera en la situación de incumplimiento de las obligaciones contractuales que, a juicio de la entidad contratante, no permitan la terminación de los trabajos.

La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico, con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos sin llegar al extremo de resolver el contrato.

Dicha medida se justifica en la idea de que los contratos administrativos deben ser cumplidos por el interés público que está en juego. La nota distintiva es que se sustituye al contratista por la propia entidad administrativa contratante, por cuenta y riesgo del contratista incumplidor. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, incluyendo los derechos y obligaciones correspondientes. El contratista deberá afrontar la totalidad de los mayores gastos y daños que ocasione la realización por parte de la Administración de forma directa de la obra. Solo si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato de obra quedará resuelto.

La resolución del contrato de obra por incumplimiento del contratista determina la inmediata paralización de la misma, pudiendo la entidad contratante optar por culminar lo que falte de la obra mediante administración directa o por convenio con otra entidad, o convocar al proceso de selección que corresponda, de acuerdo con el valor referencial respectivo. El artículo 267 del Reglamento dispone que 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 días. En dicha fecha, las partes se reunirán en presencia de notario público o juez de paz, según corresponda, y se levantará un acta. Culminado el acto, la obra queda bajo responsabilidad de la entidad contratante y se procederá a la liquidación del contrato, en la que se consignarán las penalidades por mora o de otro tipo que correspondan.

En cualquier caso, el contratista que no esté conforme con la decisión de la entidad contratante de resolver el contrato de forma parcial o total podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido ese plazo, sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

### 6. La ejecución de garantías

En la contratación administrativa las garantías tienen por función asegurar el cumplimiento de las obligaciones de quien contrata con la Administración Pública.

De conformidad con el artículo 215 del Reglamento la garantía de fiel cumplimiento debe ser emitida por una suma equivalente al 10% del monto del contrato y tiene vigencia hasta la culminación final del contrato.

La garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta, en virtud de lo dispuesto por el artículo 216 del Reglamento, debe ser otorgada por el contratista cuando la propuesta económica fuese inferior al valor referencial en más del 10% de este en los procesos de selección para la contratación de servicios, o en más del 20% de aquel en el proceso de selección para la adquisición o suministro de bienes—junto a la garantía de fiel cumplimiento y con idéntico objeto y vigencia—el postor ganador deberá presentar una garantía adicional por un monto equivalente al 25% de la diferencia entre el valor referencial y la propuesta económica.

Para ser ejecutada la garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta es requisito indispensable que haya operado la resolución del contrato por parte de la entidad administrativa contratante.

Solo es posible ejecutar en su totalidad la garantía de fiel cumplimiento, y la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta, cuando la resolución del contrato dispuesta por la entidad contratante por causa imputable al contratista haya quedado consentida (vencido el plazo de quince días hábiles para someter la resolución a conciliación y/o arbitraje) o cuando se declare procedente la decisión de resolver el contrato, por laudo arbitral consentido y ejecutoriado.

La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta podrán ser ejecutadas parcialmente en dos casos:

- (i) cuando la resolución del contrato involucre solo aquella parte del contrato afectada por incumplimiento, de modo que no se afecte al contrato en su conjunto, caso en el cual solo se ejecutarán las referidas cartas fianzas por un porcentaje equivalente al que es materia de resolución parcial;
- (ii) cuando el contratista, no obstante ser requerido por la entidad —otorgándole un plazo de tres días para cumplir— no hubiera pagado el saldo a su cargo, establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios; o en la liquidación final del contrato debidamente consentida y ejecutoriada, en el caso de contrato de obras. En este último caso la ejecución de las citadas garantías solo procederá por un monto equivalente al citado saldo a pagar por cuenta del contratista (art. 222 numeral 3) del Reglamento).

Cabe preguntarse si las garantías establecidas por el régimen de contrataciones y adquisiciones materia de este breve comentario cumplen una función únicamente aseguradora del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, o si también cumplen la función de cuantificar de forma anticipada los perjuicios que eventualmente podría provocar la actuación del contratista. Esta interrogante tiene importancia porque determinará los alcances de la potestad de solicitar indemnización de daños y perjuicios que el ordenamiento de la materia confiere a la Administración contratante y que analizaremos a continuación.

En nuestra opinión, las citadas garantías cumplen en verdad una doble función, es decir, la de asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y, al propio tiempo, constituyen una suerte de cálculo previsor mínimo (indemnización mínima) de los perjuicios que sufra la entidad administrativa contratante en caso de incumplimiento del contratista, lo que no supone limitación alguna a su responsabilidad, dado que en todo caso responderá con su patrimonio<sup>(3)</sup>. Esta conclusión se deriva de la simple lectura de la última parte del numeral 2) del artículo 221 del Reglamento, que regula la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento y de la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta

en caso se resuelva el contrato por causa imputable al contratista, en la parte que señala que el monto de las garantías corresponderá íntegramente a la entidad contratante "independientemente de la cuantificación del daño efectivo irrogado"; y también del artículo 227 del Reglamento en la parte que señala que la entidad contratante, al resolver el contrato por incumplimiento del contratista, deberá ejecutar las garantías que este último le hubiera otorgado, "sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados".

## 7. Responsabilidad por daños y perjuicios

La última parte del artículo 45 de la Ley y el artículo 227 del Reglamento contemplan la posibilidad de que la entidad administrativa contratante, como consecuencia de la resolución del contrato por causas imputables al contratista, logre solicitar la reparación de los daños y perjuicios que pueda haber causado el incumplimiento del contratista.

Como acaba de ser objeto de comentario, las garantías que el régimen de contrataciones y adquisiciones exige de los contratistas, a la par de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, cumplen también la función de compensar con una indemnización de carácter mínimo y de cuantía objetiva a la Administración contratante por los retrasos o el incumplimiento en la ejecución de las obligaciones pactadas, por los costos que ha de significar la realización de nuevos procedimientos de selección de contratistas (licitaciones, concursos, etc.) y otros que por dicha razón se evalúan a priori de forma objetiva a través de las garantías. Sin embargo, si la entidad contratante concluye que el incumplimiento culpable del

contratista le ha producido daños materiales tangibles que puede acreditar, se encuentra facultada para demandar el reconocimiento y pago de daños y perjuicios en la vía arbitral, en lo que exceda el monto de la garantía ejecutada.

## 8. La sanción de inhabilitación

Una última consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista con el Estado es la posibilidad de ser pasible de sanción administrativa. A diferencia del régimen anterior y de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento culpable del contratista hasta ahora estudiadas en este trabajo (aplicación de moras, resolución del contrato, ejecución de garantías, exigencia de indemnización por daños y perjuicios), la potestad sancionadora sobre el contratista en falta no está conferida a todas las entidades administrativas contratantes, sino concentrada en el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones que forma parte de CONSUCODE, lo que permite mejorar el nivel de predictibilidad en la interpretación y aplicación del régimen legal pertinente. El numeral 2) del artículo 294 del Reglamento tipifica la infracción aplicable a los proveedores y contratistas que den "lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte".

La sanción prevista para este tipo de infracción es la de inhabilitación para contratar con el Estado por un periodo no menor a un año ni mayor de dos años. Como se puede apreciar la sanción administrativa aplicable al contratista que incurre en infracción derivada del incumplimiento injustificado de sus obligaciones tiene un alcance notablemente mayor que si fuera aplicada solo por la

entidad administrativa contratante, porque impide que el contratista infractor pueda contratar con cualquier entidad del Estado por el plazo de la sanción.

El artículo 302 del Reglamento establece un conjunto de criterios que operan al momento que el tribunal de contrataciones y adquisiciones de CONSUCODE debe graduar la sanción a imponer, tomando en cuenta: la naturaleza de la infracción, la intencionalidad del infractor, el daño causado, la reiterancia, etc., criterios que de ser evaluados por el citado tribunal administrativo podrían disminuir la sanción a imponerse hasta límites inferiores al mínimo fijado para cada caso, cuando se considere que existen circunstancias atenuantes de la responsabilidad del infractor.

---

(\*) Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Universidad de Lima, Universidad de Piura y de la Academia de la Magistratura.

(\*\*) Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros.

(1) Sobre el tema: FARRANDO, Ismael (director). "Contratos administrativos". Lexis - Nexos, Abeledo-Perrot. Bs. As, 2002. Pág. 570.

(2) GARCÍA-Trevijano Garnica, Ernesto. "La resolución del contrato administrativo de obra". Montecorvo, Madrid, 1996. Pág.154. También Domínguez-Berruela de Juan, Miguel. "Garantías en el cumplimiento contractual: penalidades y *estipulatio poenae*". En: *Revista de Administración Pública*. N° 104, Madrid, 1984. Pág. 59.

(3) Sobre el tema: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y ÁLVAREZ BARBEITO, Francisco Javier. "El régimen de las garantías para contratar con la Administración Pública". En: *Actualidad Administrativa* N° 32. Madrid, 1997. Pág. 690.