

Causales de resolución contractual no reguladas y el control concurrente de la CGR en la ejecución obras públicas

Unregulated grounds for contractual termination and the concurrent control of the CGR in the execution of public works

GARCÍA MENDOZA, Nilton Paco(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La Resolución de Contrato. III. Causales de resolución contractual y su procedimiento de efectivización en la normativa de contrataciones del Estado. IV. La situación irreversible, como causal de resolución contractual. V. Retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado VI. ¿Cómo influye el control concurrente de la CGR en las decisiones de las entidades del Estado? VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

(*) Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología por la Escuela de Postgrado de la misma casa de estudios. Con estudios de especialización en Arbitraje en Contrataciones con el Estado, y Derecho Administrativo para Árbitros en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de JRD y Dispute Boards en la Universidad de San Martín de Porres. Docente de pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: ngarciam@unc.edu.pe.

Resumen: En la regulación de las causales de resolución contractual de los contratos de bienes, servicios y obras suscritos al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, frecuentemente, se cree que el listado de las mismas, contenidas en el artículo 164 de su reglamento, son las únicas, sobre la base de las cuales las entidades y contratistas pueden facultativamente resolver el contrato. No obstante, a través del presente ensayo, se demostrará que existen otras causales de resolución contractual, que pueden ser invocadas por las partes, siguiendo los procedimientos establecidos para cada una de ellas. Así también, se emitirán algunas precisiones prácticas que ayudarán a comprender de mejor manera la reciente incorporación del servicio de control concurrente en la ejecución de obras públicas a cargo de la Contraloría General de la República, el cual tiene un carácter vinculante para las entidades estatales, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 31500, ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo, y que ha generado la incertidumbre sobre el alcance de las recomendaciones que emita el órgano de control, a las entidades contratantes para implementar las medidas preventivas y correctivas de las situaciones adversas identificadas en los trabajos de ejecución y supervisión de obras.

Palabras clave: resolución de contrato, causales de resolución contractual, situación de incumplimiento irreversible, servicio de control concurrente

Abstract: In the regulation of the grounds for contractual termination of contracts for goods, services and works, signed under the Law on State Procurement, it is often believed that the list of the same, contained in Article 164 of its Regulations, are the only ones, on the basis of which, entities and contractors, They can optionally terminate the contract, however, through this essay, we will demonstrate that there are other causes of contractual resolution, which can be invoked by the parties, following the procedures established for each of them. Likewise, we will issue some practical clarifications, which will help to better understand, the recent incorporation of the concurrent control service in the execution of public works by the Comptroller General of the Republic, which has a binding character for state entities, from the entry into force of Law 31500, Law establishing the binding nature of concurrent control and adopting other measures necessary to improve the functioning of this mechanism; and that has generated uncertainty about the scope of the recommendations issued by the control body, to the contracting entities, to implement the preventive and corrective measures of the adverse situations identified in the works of execution and supervision of works.

Key words: termination of contract, grounds for contractual termination, situation of irreversible breach, concurrent control service

I. Introducción

Las entidades públicas, como medio para la satisfacción de las necesidades primordiales de la población, atendiendo a sus competencias, adquieren bienes, contratan servicios (en general y de consultoría), o bien pueden contratar a ejecutores de obras públicas, con lo que se enmarca el proceso de contratación con sujeción a la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento (en adelante, la normativa de contrataciones del Estado).

Suscrito un contrato de naturaleza administrativa, sujeto a la normativa de contrataciones del Estado, se entiende que las partes suscribientes del mismo, esto es, entidades y contratistas, se comprometen al cumplimiento recíproco y oportuno de sus prestaciones pactadas, por lo menos esta es la expectativa. Sin embargo, no siempre se verifica tal situación de cumplimiento recíproco, pues alguna de las partes puede omitir dar cumplimiento de las prestaciones a su cargo, en su totalidad o de forma parcial, o simplemente, por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, puede verse imposibilitada de su ejecución.

El incumplimiento total o parcial de las prestaciones contractuales por una de las partes puede generar en la otra la duda de su cumplimiento, por lo que esta última, tiene la posibilidad de optar, antes que por la sola aplicación de penalidades (por mora u otras penalidades), por una medida más determinante, como lo es la resolución total o parcial del contrato.

Precisamente, las causales de resolución contractual, reguladas en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, genera un estado de confusión para las partes suscribientes del contrato, debido fundamentalmente a la regulación aislada de la «situación de incumplimiento irreversible» y el «retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado, y sobre el cual, el contratista tiene una ejecución por debajo del ochenta por ciento». Estos hechos bien pueden justificar la decisión facultativa de las entidades del Estado para resolver un contrato de obra suscrito con sujeción a la normativa de contrataciones del Estado.

Y la confusión se genera toda vez que, por un lado, el artículo 164 de la mencionada norma reglamentaria precisa un listado de los supuestos a considerar como causales de resolución contractual; no obstante, el numeral 165.2, literal b) del artículo 165, que debería regular solo el pro-

cedimiento a seguir por la parte invocante de las causales de resolución contractual (contenidas en el artículo 164), así como el numeral 203.5 del artículo 205, regula otros supuestos de incumplimiento, lo cual puede dar cabida a que las entidades **públicas** justifiquen su decisión de resolver el contrato por estas causales. Consecuentemente, ello conlleva a inferir que el artículo 164 de la norma reglamentaria no es el único dispositivo reglamentario que regula causales de resolución contractual.

Asimismo, cabe referir que los funcionarios y/o servidores públicos de las entidades contratantes, así como los particulares contratistas, no entienden con certeza la forma en la que opera el control concurrente de la Contraloría General de la República en la ejecución de las obras que superan los diez millones de soles y que bien podría influir en la decisión de la Entidad de poder dar por extinguida una relación contractual, ello atendiendo al carácter vinculante del control concurrente, según refiere la Ley N.º 31500, Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo.

II. La resolución de contrato

La resolución contractual, en principio, presupone un contrato válido que por un incumplimiento total o parcial, o quizá por un evento sobreviniente, deja sin efecto la relación jurídica patrimonial existente entre las partes suscribientes de un contrato y, por ende, convierte en inexigibles las obligaciones pendientes de ejecución, claro está, la parte perjudicada con la resolución contractual puede hacer valer su derecho reclamando el resarcimiento por el daño ocasionado a través de los mecanismos de solución de controversias que regula la normativa de contrataciones del Estado.

Respecto a la resolución de contrato, el profesor Flores Polo, citado por Carlos Navas (2017), define:

La acción de deshacer o destruir un contrato por inexecución de las condiciones o cargos y con destrucción retroactiva de sus efectos, según su naturaleza del mismo; tratándose, por consiguiente, de una de las formas de extinción, susceptible de demandarse por una de las partes y presupone un acto por el cual el contrato queda sin efecto por la concurrencia de circunstancias sobrevinientes a su celebración y durante su ejecución. (p. 183)

Asimismo, Álvarez, Álvarez y Gálvez, respecto de la resolución contractual, desde la perspectiva de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, indican lo siguiente:

Naturaleza de la resolución contractual. Como quiera que la ley ni el reglamento definen la naturaleza de la resolución de contrato por incumplimiento accedemos al Código Civil en aplicación de la Primera Disposición Complementaria Final del reglamento de la ley, señalando que, de conformidad con el artículo 1371 del Código Civil «la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración». En ese sentido, para que pueda resolverse un contrato en el ámbito del proceso de contratación regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, se requiere la existencia de un contrato válido (perfeccionado conforme a los artículos 32 de la ley, concordante con los artículos 136, 137, 139 y 141 de su reglamento) y la concurrencia de una de las causales a que se contrae el artículo 36 de la ley concordante con el artículo 164 de su reglamento. (p. 1201)

Como se advierte, la resolución contractual presupone la existencia de un contrato válido. Para el caso de los contratos sujetos al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, se entiende por «contrato válido» cuando este se haya perfeccionado respetando los procedimientos y presupuestos normativos que ambas normas mencionadas regulan (artículo 32 de la ley de contrataciones del estado, en congruencia con los artículos 136, 137, 139 y 141 de su reglamento); caso contrario, no nos encontraríamos ante la figura de resolución contractual, sino más bien ante un contrato administrativo, respecto del cual puede ser declarada su nulidad, de conformidad con lo regulado en el artículo 44 de la mencionada ley.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, se entiende que, efectivizada por una de las partes de manera debida, es decir, siguiendo el procedimiento y cumpliendo con la formalidad establecida en la normativa de contrataciones del Estado, se extingue la relación jurídica patrimonial, que vincula a las partes contratantes, no pudiendo ser factible, efectivizarse una segunda resolución contractual, pues se entiende que un contrato extinto ya no puede resolverse por segunda vez; ergo, la realización de la resolución contractual, de manera debida, ha extinguido la relación contractual, consecuentemente, ha convertido en inexigible la ejecución de las prestaciones pendientes de ejecución.

En sentido congruente, el profesor De la Puente, ha señalado con toda razón que:

La resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones. (p. 455)

Como es de advertirse, la resolución contractual es una forma de extinción anticipada del contrato, la cual se efectiviza por una de las partes, sin lograr alcanzarse la expectativa que se tenía de la ejecución de la totalidad de las prestaciones que de este emergían, y siempre que se haya seguido el procedimiento contemplado en la norma reglamentaria, y respecto del cual, ninguna entidad debe apartarse.

Sobre este último aspecto, el profesor Retamozo Linares prescribe lo siguiente:

Obligaciones de cumplir con el trámite de resolución de contrato.
Resolución N.º 3449-2022-TCE-S4

[...] aún en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales o se haya acumulado el monto máximo de penalidad por mora, si la Entidad no ha resuelto el contrato con observancia de las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo aquella exclusiva responsabilidad». (p. 374)

III. Causales de resolución contractual y su procedimiento de efectivización en la normativa de contrataciones del Estado

El Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, en su artículo 36, numeral 36.1, establece lo siguiente:

Artículo 36.- Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

Ahora bien, el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF), en el artículo 164, numeral 164.1, ha regulado las causales de resolución contractual, a través de las cuales las entidades o los contratistas pueden resolver el contrato. Veamos:

Artículo 164.- Causales de resolución

164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 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; o
- c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

Como se evidencia, de lo regulado en el numeral 164.1 del artículo 164 del reglamento, las entidades están habilitadas para resolver el contrato en tres supuestos:

Primero, cuando el contratista «incumpla injustificadamente sus obligaciones» de naturaleza contractual, legal o reglamentaria (a las cuales se obliga con la suscripción del contrato), a pesar de haber sido requerido previamente su cumplimiento; segundo, cuando el contratista «haya llegado a acumular el monto máximo de penalidad (por mora u otras penalidades)»; y tercero, cuando este, «de manera injustificada, paralice o reduzca la prestación»; y que para el caso de los contratos de obra, debe entenderse esta causal cuando el contratista, de manera injustificada, paralice o reduzca el curso de la ejecución de las prestaciones a su cargo, de forma inconexa con lo establecido en el calendario de avance de obra.

Por otro lado, de lo vertido en el numeral 164.2 del artículo 164 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el contratista solo puede resolver un contrato, suscrito al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, cuando la Entidad haya incumplido injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido para su cumplimiento, en congruencia con el procedimiento establecido en el artículo 165.

Ahora bien, en relación a las obligaciones esenciales indicadas en el párrafo anterior, la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las contrataciones del Estado (OSCE), en la Opinión N.º 03-2021/DTN, ha regulado lo siguiente:

Al respecto, este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas opiniones que las «obligaciones esenciales» son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; siendo indispensable, como condición para tal determinación, que dichas obligaciones se hubieran contemplado en el contrato.

Por otro lado, cabe recordar que según la Opinión N.º 027-2014/DTN, «el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas».⁽¹⁾

De la opinión emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, definir una obligación como «esencial», engendra que su cumplimiento resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, se pueda satisfacer el interés de la contraparte; sin embargo, ello no es suficiente, pues también es necesario que la obligación «esencial», se haya regulado en el contrato. Se debe agregar que representa una causal común para las partes contratantes, los hechos sustentados en «caso fortuito», «fuerza mayor», o hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, el mismo que para encuadrarse dentro de esta causal deberá acreditarse que no es imputable ni a la entidad ni al contratista, pero, además, que tal hecho imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

⁽¹⁾ Opinión N.º 03-2021/DTN, fundamento 2.1.4, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE.

Como se puede advertir de los argumentos anteriormente esgrimidos, efectivamente, las causales de resolución contractual se regulan en el artículo 164 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que de manera literal hace alusión a las «causales de resolución». De esta manera, cabe preguntarse si otros supuestos (como por ejemplo «la situación de incumplimiento irreversible, o atraso post aprobación de nuevo calendario») regulados en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pero no contemplados en el artículo 164, pueden o no representar causales de resolución contractual.

Considero que a pesar de no regularse en este dispositivo normativo (artículo 164) como causales de resolución contractual «independientes» a las anteriormente indicadas, también representan causales de resolución contractual «la situación de incumplimiento irreversible, regulada en el numeral 165.2, literal b) del artículo 165 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado», así como el «retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado, y sobre el cual, el contratista tiene una ejecución por debajo del ochenta por ciento», regulado en el artículo 203, numeral 203.5 de la misma norma reglamentaria, toda vez que, a considerar del artículo 36, numeral 36.1 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado «cualquiera de las partes puede resolver el contrato [...] por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento».

Así pues, al realizar una interpretación sistemática e integral de lo regulado en el artículo 36, numeral 36.1, del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sí puede considerarse a supuestos distintos a los contemplados en el artículo 164 como causales de resolución de contrato; claro está, para ello es necesario que tal situación, de manera taxativa, así lo exprese, esto es, que de la literalidad de lo regulado para tal supuesto se exprese, sin duda, que representa una causal de resolución contractual.

Consecuentemente, de lo establecido en el numeral 165.2, literal b), y en el artículo 203, numeral 203.5 del reglamento de la Ley de Contrataciones del estado, se debe considerar a la «situación de incumplimiento irreversible», así como al «retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado —y sobre el cual el contratista tiene una ejecución por debajo del ochenta por ciento—», como situaciones de incumplimiento que calzan dentro del listado de causales de resolución contractual, por lo que la única diferencia con las demás reguladas en el artículo 164 es la ubicación separada que

se le ha dado, puesto que ambos supuestos indicados no se encuentran en ninguno de los numerales del mencionado artículo de la norma reglamentaria. No obstante, sí se puede inferir de este que representan causales de resolución contractual, al regularse que una entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente, cuando la situación de «incumplimiento» sea irreversible o cuando el contratista de ejecución de obra se encuentre, en cuanto a su avance, por debajo del ochenta por ciento, respecto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado.

IV. La situación irreversible, como causal de resolución contractual

A continuación, se muestra lo regulado en el numeral 165.2, literal b), del artículo 165 del reglamento de la Ley de contrataciones del Estado.

165.2. En los siguientes casos, las partes comunican la resolución del contrato mediante carta notarial, sin requerir previamente la ejecución de la prestación materia de incumplimiento:

[...]

b) Cuando la Entidad decida resolver el contrato en forma total o parcial, debido a que la situación de incumplimiento no puede ser revertida.

En función de lo regulado en el dispositivo normativo antes presentado, se puede observar que la entidad suscribiente de un contrato de bienes, servicios (en general o de consultoría) o de obras está habilitada para efectivizar la resolución contractual fundada en la «situación de incumplimiento irreversible» atribuible al contratista, y se agrega que cuando la entidad alegue tal causal no se hace exigible un requerimiento previo de cumplimiento.

Ahora bien, respecto de esta causal, la doctrina de la materia es escasa en su definición o explicación como causal de resolución contractual, sin perjuicio de ello, podemos inferir que esta pueda invocarse cuando se acredite objetivamente una conducta desviada u omisiva del contratista respecto de sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, que de tal manera haga inferir que el mencionado ya no podrá revertir el hecho que conllevó a determinar el incumplimiento. Así, por ejemplo, en la ejecución de una obra cuyo plazo contractual está por concluir, y aun cuando el contratista duplique o triplique las cuadrillas de trabajadores y aumente significativamente el número de unidades de maquinaria, conllevará a culminar

la ejecución de la obra en el plazo pactado, ello sería imposible, y el incumplimiento sería irreversible, conforme a lo programado y calendarizado.

V. Retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado

En cuanto al otro supuesto de resolución contractual, distinto a los supuestos considerados como causales de esta, a partir de su regulación en el artículo 164 de la norma reglamentaria, se tiene a la circunstancia descrita en el artículo 203, numeral 203.5, del mencionado reglamento, en el cual se establece lo siguiente:

203.5. Cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al ochenta por ciento (80 %) del monto acumulado programado del nuevo calendario, el inspector o el supervisor anota el hecho en el cuaderno de obra e informar a la Entidad. Dicho retraso puede ser considerado como causal de resolución del contrato o de intervención económica de la obra, no siendo necesario apereamiento alguno al contratista de obra.

El contenido de este dispositivo reglamentario, al igual que la situación de incumplimiento irreversible, debe ser interpretado de manera conjunta con el ya citado artículo 36 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio que para la aplicación de esta causal no es exigible el apereamiento previo, por lo que puede resolverse el contrato de pleno derecho con la sola notificación notarial, de la decisión resolutoria.

Ahora bien, este supuesto exige la acreditación, de forma objetiva, de las formalidades descritas en el numeral 203.5 de la norma reglamentaria; así pues, la acreditación de que el contratista haya incurrido en el supuesto de que el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al 80 % del monto acumulado programado del nuevo calendario (el cual se aprobó ante el atraso injustificado del contratista que obligó a aprobar un calendario acelerado de obra); acto seguido, acreditar respecto de los hechos que sustentan la causal resolutoria, su anotación en el cuaderno de obra por parte del supervisor y, a la vez, que el mismo haya informado a la entidad los hechos que sustentan que el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al 80 % del monto acumulado programado del nuevo calendario.

Como puede advertirse, la acreditación de esta causal es de carácter técnico, motivo por el cual recomendaría que, previamente a su aplicación, se realice un análisis minucioso por el área usuaria quien, sobre la base de lo informado por la supervisión de la obra, orientará al titular de la entidad a tomar la mejor decisión de gestión (resolución contractual, intervención económica, u otra, atendiendo a que la decisión de resolver un contrato, no es obligatoria sino facultativa), sin perjuicio que este también pueda tomar la decisión de requerir la opinión de su área legal.

Las causales de resolución contractual que se están mencionando, al igual que las otras causales reguladas en el artículo 164 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a su aplicación, poseen características divergentes; pero todas estas guardan algo en común, ello porque no son de aplicación obligatoria, sino por el contrario, su aplicación es facultativa en tanto las partes contratantes, según sus intereses (contrapuestos desde luego, ya que el contratista tiene un interés económico, y por ende particular, mientras que la entidad busca salvaguardar un interés público) y conveniencias, podrían decidir resolver el contrato o no, y con mayor razón, el análisis de la decisión recae en los titulares de las entidades contratantes, pues con la ejecución de un contrato de bienes, servicios u obras, se busca la satisfacción de un interés general, a través de la atención oportuna de las necesidades de la población, y que ante una decisión resolutoria, previamente debe analizar los pro y los contra que puede acarrear tal decisión, toda vez que al optarse por la resolución contractual, se verá aplazado el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades públicas, pues requerirá de la convocatoria de un nuevo proceso de selección para elegir al otro postor (según las reglas establecidas en el artículo 167 del reglamento, o a través de un nuevo proceso de selección) para la ejecución de las prestaciones que no fueron ejecutadas por el contratista a quien se le resolvió contrato, y ello conlleva un tiempo considerable, en cuanto a trámites administrativos se refiera, esto sin considerar que en el caso de ejecución de obras, bien podría decidirse, antes de la nueva convocatoria, la elaboración de un expediente técnico del saldo de obra, que implicaría un tiempo mayor aún, pues su elaboración requiere de un plazo considerable, y a ello agregar el costo de su elaboración el cual corre de cuenta de la entidad, e allí la justificación de mi recomendación vertida sobre un análisis técnico y legal minucioso de la decisión de los titulares de las entidades, pues tomar una decisión a la ligera, podría traer consecuencias no deseadas.

A continuación, se muestra un cuadro resumen de la base normativa que, en mi apreciación, regula causales de resolución contractual en la normativa de contrataciones del Estado y sobre las cuales tanto entidades como contratistas pueden justificar su decisión de dar por extinguido su vínculo contractual con su contraparte.

Cuadro 1

Base normativa que regula causales de resolución contractual en la normativa de contrataciones con el Estado

Causales de resolución contractual, invocadas por las partes suscribientes del contrato	Por entidades	Por contratistas
Según lo regulado en la normativa de contrataciones del Estado (LCE y reglamento de la LCE)	<ul style="list-style-type: none"> — Conforme a las causales contenidas en el numeral 164.1 del artículo 164 del RLCE. — Conforme a las causales contenidas en el numeral 164.3 del artículo 164 del RLCE; en congruencia con la remisión realizada por el numeral 36.1 del artículo 36 del TUO de la LCE. — Conforme a la causal contenida en el numeral 165.2, literal b) del artículo 165 del RLCE, referida al incumplimiento irreversible del contratista. — En los contratos de obra, conforme a la causal regulada en el numeral 203.5 del artículo 203 del RLCE. 	<ul style="list-style-type: none"> — Conforme a las causales contenidas en el numeral 164.2 del artículo 164 del RLCE. — Conforme a las causales contenidas en el numeral 164.3 del artículo 164 del RLCE; en congruencia con la remisión realizada por el numeral 36.1 del artículo 36 del TUO de la LCE.

VI. ¿Cómo influye el control concurrente de la CGR en las decisiones de las entidades del estado?

Previamente a emitir una respuesta, se explicará en qué consiste el control concurrente como actividades del Sistema Nacional de Control aplicada a la ejecución de obras públicas.

El control concurrente en la ejecución de obras que superan los diez millones de soles es de carácter obligatorio en nuestro país, toda vez que así lo establece la Ley N.º 31500, Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo de control, aprobada en fecha 22 de junio del 2022. Veamos:

Artículo 1. Objeto de la Ley

1.1 La ejecución de inversiones que genere el desembolso de recursos públicos y/o garantías financieras o no financieras por parte del Estado, lo que incluye a las obras públicas, las inversiones mediante los mecanismos de obras por impuestos y asociaciones público privadas u otros mecanismos de inversión, a cargo de los pliegos del gobierno nacional, regional y local, entidades de tratamiento empresarial, empresas públicas en el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), fondos y toda entidad o empresa bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control, cuyos montos superen los diez millones de soles, son objeto de control concurrente por parte de la Contraloría General de la República.

1.2 El control concurrente tiene carácter vinculante y obligatorio generando responsabilidad en todos los intervinientes, si a partir de ello se ocasiona perjuicio a la ejecución de la obra o servicio.

El control concurrente se efectúa desde la formulación de los términos de referencia, comprendiendo también la elaboración del expediente técnico, la ejecución, supervisión y conformidad de la obra o servicio.

1.3 Para el desarrollo del control concurrente se debe contar con profesionales especializados y con experiencia en la obra o servicios a realizarse y en los temas vinculados a la naturaleza de la materia del control concurrente, que garanticen una efectiva y eficaz labor del Sistema Nacional de Control.

Como se puede advertir, el control concurrente, que acompaña a la ejecución de obras que superan los diez millones soles, incluidas las obras sujetas a la aplicación de la ley de contrataciones del Estado, es de carácter vinculante y, por ende, obligatorio para los funcionarios y/o servidores de las entidades

del Estado, que está a cargo de la Contraloría General de la República. Es por ello que representa un control gubernamental externo, en atención a lo establecido en la norma que regula el sistema nacional de control.

Así pues, la Ley N.º 27785, Ley del Sistema de Control y de la Contraloría General de la República, en su artículo 6, regula lo siguiente:

El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes.

El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente.

Siguiendo estos lineamientos normativos indicados precedentemente, la Resolución de Contraloría N.º 295-2021-CG que aprueba las Normas Generales de Control Gubernamental, en su numeral 1.12, establece el alcance de la clasificación del control gubernamental, en cuanto se refiera al control de quien lo ejerce y en función del momento en el que se ejerce.

En función de quien lo ejerce: control interno y externo

En función del momento de su ejercicio: control previo, simultáneo y posterior

El control gubernamental interno, puede ser previo, simultáneo y posterior; su desarrollo es responsabilidad de las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades.

El control gubernamental externo puede ser previo, simultáneo y posterior; y lo ejerce la Contraloría u otro órgano del SNC por encargo o designación de esta [...].

Siendo ello así, y en mérito a lo indicado en el artículo 1 de la Ley N.º 31500, el control que se ejerce en la ejecución de las obras que superan los diez millones de soles es un control gubernamental externo, en cuanto la mencionada norma encarga tal actividad de control a la Contraloría General de la República.

En función del momento de su ejercicio, el profesor Johnny Rubina, precisa lo siguiente:

Control previo

Este tipo de control se realiza antes de la ejecución de los recursos públicos, es adoptado por los niveles de dirección y gerencia de las entidades, para cautelar la correcta administración de los recursos financieros, materiales, físicos y humanos y se ejecuta a través de un conjunto de procedimientos y acciones.

Control simultáneo

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 27785, el control simultáneo se efectúa durante la ejecución de los recursos públicos por las autoridades, funcionarios y los servidores de las entidades, como responsabilidad propia de las funciones que le son inherentes, sobre la base de las normas que rigen las actividades de la organización y los procedimientos establecidos.

Los órganos del Sistema Nacional de Control efectúan servicios de control simultáneo con el propósito de contribuir oportunamente con la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado en el marco de la Directiva N.º 0.13-2022-CG/NORM, servicio de control simultáneo.

Control posterior

El control posterior, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 27785, es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor, en función del cumplimiento de las disposiciones establecidas.

En cuanto a los órganos del Sistema Nacional de Control, estos efectúan servicios de control con el objeto de examinar de forma objetiva y oportuna los actos y los resultados ejecutados en la utilización y gestión de los recursos, bienes y operaciones institucionales. (pp. 20-21)

Del texto anterior, se infiere que el control concurrente de la Contraloría General de la República está en relación al control simultáneo, plenamente identificado en los párrafos anteriores.

A ello, agregar que día 30 de mayo del 2022, mediante Resolución de Contraloría N.º 218-2022-CG, se aprobó la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM «CONTROL SIMULTÁNEO», la cual en su numeral 6, precisa lo siguiente:

6. Disposiciones generales

6.1. Servicio de Control Simultáneo

El servicio de Control Simultáneo forma parte de control gubernamental, el cual consiste en examinar de forma objetiva y sistemática los hitos de control o las actividades de un proceso en curso, con el objeto de identificar y comunicar oportunamente a la entidad o dependencia de la existencia de hechos que afecten o puedan afectar la continuidad, el resultado o el logro de los objetivos del proceso, a fin de que se adopte las acciones preventivas y correctivas que correspondan, contribuyendo de esta forma a que el uso y destino de los recursos y bienes del Estado se realice con eficiencia, eficacia, transparencia, economía y legalidad.

Esta misma Directiva N.º 013-2022-CG/NORM «CONTROL SIMULTÁNEO», identifica las características del control simultáneo, y lo realiza de la siguiente forma:

El servicio de Control Simultáneo se caracteriza por ser:

- a) Oportuno: Se desarrolla en el mismo o más próximo espacio de tiempo en que ocurre la actividad del proceso objeto de control.
- b) Célere: Se realiza en plazos breves y expeditivos, impulsando el máximo dinamismo para el logro de los objetivos.
- c) Sincrónico: Su desarrollo y la emisión de sus resultados se efectúan durante el proceso en curso, lo que permite a la entidad o dependencia, y de ser el caso, a las instancias competentes, adoptar a tiempo las acciones que corresponda.
- d) Preventivo: Permite a la entidad o dependencia la oportuna adopción de acciones que correspondan, con la finalidad de asegurar la continuidad, el resultado o el logro de los objetivos del proceso.

Se entiende que el control concurrente a cargo de la Contraloría resulta ser un mecanismo muy favorable para las entidades del Estado que ejecutan obras cuyos montos superen los diez millones de soles, pues beneficia al control de los trabajos ejecutados por las contratistas a cargo de tal ejecución, así como a quienes supervisan dichos trabajos, porque se identifican las situaciones adversas y se informan las mismas a las entidades a cargo de las obras para seguir las recomendaciones contenidas en el

informe de control y luego puedan ser corregidos los hechos identificados como una situaciones adversas, producto de la examinación objetiva y sistemática de los hitos de control.

Y como ya se ha advertido, este carácter del control concurrente es vinculante para los funcionarios y servidores de las entidades contratantes a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 31500, y que ha propiciado con razón a que mediante Resolución de Contraloría N.º 270-2022-CG, de fecha 10 de agosto del 2022, se incorpore la cuarta disposición complementaria final a la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM «Servicio de Control Simultáneo», aprobada mediante Resolución de Contraloría N.º 218-2022-CG. Veamos lo que prescribe esta cuarta disposición antes mencionada:

Cuarta.- Disposiciones complementarias para el cumplimiento de la Ley N.º 31500 Para el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N.º 31500, Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo de control, se siguen las siguientes disposiciones:

2. El carácter vinculante de Control Concurrente determina la obligación de la entidad o dependencia de adoptar las acciones preventivas o correctivas que correspondan, para la enmienda de la situación adversa comunicada; sin perjuicio de que esta pueda remitir a la Comisión de Control al OCI, según corresponda, sus apreciaciones sustentadas sobre aquella, conjuntamente con la primera comunicación que le corresponde efectuar sobre las acciones adoptadas o por adoptar acorde con el numeral 6.1.8.2 de la presente Directiva, para su consideración en el marco del Control Concurrente».
3. La no adopción de acciones preventivas o correctivas para la enmienda de la situación adversa comunicada o su adopción insuficiente o inadecuada, que llegue a ocasionar perjuicio o afecte los resultados de la ejecución de la obra, servicio o intervención que forman parte de la inversión, genera responsabilidad en los funcionarios y servidores encargados de determinar o implementar dichas acciones. La identificación de las presuntas responsabilidades que correspondan se realiza por medio de un servicio de control posterior.

Este dispositivo normativo del Sistema de Control es determinante para poder evidenciar la obligatoriedad del cumplimiento de las recomendaciones por parte de la Contraloría General de la República; caso contrario, si el funcionario o servidor público encargado de la adopción de las recomendaciones contenidas en el informe de control no implementa las acciones preventivas o correctivas, será sometido a procedimientos administrativos de sanción, en el cual se determine su responsabilidad administrativa, o a la jurisdicción ordinaria, en la cual se determine su responsabilidad civil o penal, según corresponda.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se infiere que el servicio de control concurrente como mecanismo de control no solo coadyuva con las entidades contratantes a mejorar el control trabajos de ejecución y supervisión de las obras cuyo monto de ejecución supera los diez millones de soles, sino que también podría decirse que transparentaría el proceso de ejecución de obra, al obligar a los funcionarios o servidores competentes a la implementación de las acciones preventivas o correctivas, recomendadas por el órgano de control luego de la identificación en su informe de las situaciones calificadas como «situaciones adversas».

Sin embargo, si bien el control concurrente es una herramienta de mucha utilidad para salvaguardar los fondos públicos invertidos en la ejecución de las obras, desde mi punto de vista, este servicio de control concurrente incorporado como vinculante por la Ley N.º 31500 debe perfeccionarse para su mayor eficacia, por las razones que paso a mencionar.

En el numeral 6.1.5 de la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM «Servicio de Control Simultáneo», se regula que:

Respecto a las situaciones adversas identificadas en el Servicio de Control Simultáneo a la ejecución de obras, la Comisión de Control clasifica las situaciones adversas considerando los criterios señalados en el Anexo N.º 4 de la presente Directiva, a fin de establecer el monto asociado a la consecuencia de dichas situaciones adversas, las mismas que se registran en el sistema informático correspondiente.

Este Anexo N.º 4, al que se hace mención, regula algunos supuestos de situaciones adversas de tipo cuantitativo, y las agrupa en una tabla, de entre las cuales, por mencionar algunas, se identifican las siguientes:

Tabla N.º 1
Subcategorías de las situaciones adversas de tipo " Cuantitativo"

Subcategoría	Casuística de situaciones adversas que se presentan con mayor frecuencia
Penalidades no ejecutadas	<p>Aplicables al contratista:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ausencia durante la ejecución de la Obra de parte del personal clave ofrecido por el contratista. - Ausencia del personal ofertado por el contratista, a causa de que la relación contractual con este último haya culminado. - Por cambio de los profesionales propuestos sin aprobación de la entidad. - Por no encontrarse el cuaderno de obra, en el momento de la inspección por parte del personal de la entidad. - Cuando el contratista no permita el acceso al cuaderno de obra al inspector o Supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias. - Por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, se aplica penalidad por mora por cada día de retraso. - Ausencia de señalizaciones en obra, personal obrero sin implementos de seguridad, y carencia del Plan de seguridad y salud en el trabajo aprobado. - Carencia de póliza de seguro contra todo riesgo (CAR) y la póliza del seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR). - Ejecución de la obra con ausencia del equipo mecánico mínimo exigidas en las bases integradas o en los términos de referencia, así como en el expediente técnico conforme a su propuesta técnica. - Cuando se ejecuten trabajos incumpliendo las especificaciones técnicas. - Cuando el contratista emplee materiales que no cumplan los requisitos de las especificaciones técnicas. - Cuando el contratista no coloque el cartel de la obra dentro del plazo establecido en las especificaciones técnicas y/o el contrato.

Disponible en portal <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/normas-legales/3656507-013-2022-cg-norm>

Se puede notar que se identifican supuestos a ser considerados como situaciones adversas, y que bien podrían dar cabida a la aplicación de penalidades por parte de las entidades, ante la recomendación del órgano de control (dado el carácter obligatorio y bajo responsabilidad para los funcionarios y servidores a cargo de la implementación de medidas preventivas y correctivas), no obstante, ni la Ley N.º 31500, ni los actos administrativos

de carácter normativo (resoluciones) del órgano de control, actualmente, regulan los procedimientos a seguir, para encuadrar un hecho o hechos, en alguno de los supuestos descritos en el recuadro anterior.

Por ejemplo, en los supuestos restringidos a considerar que el contratista ejecutó los trabajos de obra incumpliendo las especificaciones técnicas o cuando el contratista emplea materiales que no cumplan con los requisitos de las especificaciones técnicas, en ningún extremo de la Directiva N.º 13-2022-CG/NORM u otras normas de control, se ha regulado que si para acreditar estos supuestos se requieren, por ejemplo, ensayos de ingeniería a cargo de algún perito o profesional experto en la materia considerada como situación adversa, pues ambos supuestos, para su acreditación, requieren de una comprobación técnica; no obstante, no existe un procedimiento determinado, para tal acreditación, y puede dar cabida a una decisión inmotivada de la Contraloría, y que más adelante puede influir en la toma de decisiones de los titulares de las entidades, que lejos de darle continuidad a la ejecución de la obra, podría paralizar la misma, conllevando al aplazamiento de la satisfacción de la necesidad pública y, a la vez, desnaturalizando el control concurrente, pues no en todos los casos garantizaría la continuidad de las obras.

A ello cabe agregar que no todas las obras se ejecutan de las mismas formas, pues cada obra, con base en sus expedientes técnicos, se ejecutan de forma independiente y particular, claro está, existen obras, unas más complejas que otras, que hacen necesario contar con procedimientos eficaces, que garanticen un verdadero control concurrente. Así, por ejemplo, no se han establecido, en las normas que regulan el control concurrente en obras, los procedimientos que debe seguir la Contraloría, respecto de la ejecución de obras que puedan ejecutarse en laderas de cerro o franja marginal de ríos, quebradas, etc., u otras similares que pongan en peligro la esencia característica del control concurrente, representado por lo síncrono de sus actividades, lo cual implica que el servicio de control se realice en tiempo y en espacio en los cuales se desarrollan los hechos a calificar, como situaciones adversas, que puede conllevar, de igual manera, a una decisión inmotivada de las entidades.

Sin embargo, considero que estas cuestiones bien pueden ser analizadas por nuestras autoridades competentes, a cargo del sistema de control, y corregir el marco normativo, de tal manera que, efectivamente, se garantice la continuidad de la ejecución de las obras, en todos los casos,

sin excepción, y ello se refleje con la pronta satisfacción de las necesidades de la población, reduciendo las grandes brechas existentes, en los diversos servicios que se encuentren constitucionalmente, bajo exclusiva responsabilidad del Estado peruano.

VII. Conclusiones

- La regulación expresa de las causales de resolución contractual de los contratos de bienes, servicio y obras se encuentran en el artículo 164 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, bajo la interpretación del artículo 36, numeral 36.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, no necesariamente puede restringirse la aplicación de la resolución contractual (por incumplimiento de obligaciones) a las causales reguladas en el artículo 164 del reglamento, por lo que puede ubicarse otros supuestos, en los demás dispositivos de la norma reglamentaria, que puedan considerarse, sin duda alguna, como causales de resolución contractual.
- Entre las causales de resolución contractual, por incumplimiento de obligaciones, regulados fuera del artículo 164 del Reglamento, tenemos a las siguientes:
 - Situación de incumplimiento irreversible: causal de resolución contractual, que se regula en el artículo 165, numeral 165.2, literal b) del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - Retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado, y sobre el cual el contratista tiene una ejecución por debajo del ochenta por ciento: causal regulada en el numeral 203.5 del artículo 203 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- El control concurrente, a cargo de la Contraloría General de la República, en la ejecución de obras que superen los diez millones de soles, a partir de la regulación por la Ley N.º 31500, Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo, tiene carácter vinculante, y por ende de obligatorio cumplimiento, para las entidades que contratan la ejecución de obras, con sujeción a la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

- Si bien el servicio de control concurrente, en la ejecución de obras superiores a diez millones de soles, coadyuvaría a un mejor control de los trabajos de ejecución y supervisión de obras y, a la vez, transparentaría el proceso de ejecución de las mismas, aún existen algunos vacíos en la normativa aplicable al servicio de control concurrente, que podrían conllevar a tomar decisiones que, posiblemente, no se encuentren debidamente motivadas, toda vez que aún faltan integrar a la normativa de la materia procedimientos técnicos y obligatorios, previos a la emisión del informe de control, más aún si el mencionado servicio de control tiene un carácter vinculante y, por ende, obligatorio para los funcionarios y/o servidores a cargo de la implementación de las medidas preventivas y/o correctivas de las situaciones adversas, identificadas por el órgano de control.

VIII. Referencias

- Álvarez Pedroza, A., Álvarez Medina, O., & Gálvez Ñañez, R. (2021). Comentarios al reglamento y Ley de Contrataciones del Estado. Instituto Pacífico.
- Retamozo Linares, A. (2023). Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento con las últimas modificatorias. Instituto Pacífico.
- Rubina Meza, J. (2022). El Control Concurrente énfasis en la modalidad preventiva. Instituto Pacífico SAC.
- Navas Rondón, C. (2017). El Arbitraje en las contrataciones del Estado. Lima. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- De La Puente y Lavalle, M. (2001). El contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil (t. 1). Palestra Editores.
- Congreso de la República. Ley N.º 30225. Ley de contrataciones del Estado. 2014. [https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley %2030225 %20Ley %20de %20contrataciones-julio2014.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf)
- Decreto Supremo N.º 082-2019-EF. TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Consulta 20 de mayo del 2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=25>

Decreto Supremo N.º 344-2018-EF. reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Consulta 25 de junio del 2023. [https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley %2030225 %20Ley %20de %20contrataciones-julio2014.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf)

Congreso de la República. Ley N.º 31500. Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo de control. Consulta 04 de julio del 2023. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-establece-el-caracter-vinculante-del-control-concurr-ley-n-31500-2080219-1/>

Congreso de la República: Ley N.º 27785. Ley del Sistema de Control y de la Contraloría General de la República. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/431141/Ley27785.pdf?v=1574886460>.

Resolución N.º 295-2021-CG, de fecha 23-12-2021. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2656831/Resoluci %C3 %B3n %20de %20Contralor %C3 %ADa %20N %C2 %B0 %20295-2021-CG.pdf?v=1640709097](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2656831/Resoluci%C3%B3n%20de%20Contralor%C3%ADa%20N%C2%B0%20295-2021-CG.pdf?v=1640709097)

Resolución N.º 218-2022-CG, de fecha 30-05-2022. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3168102/Resoluci %C3 %B3n %20de %20Contralor %C3 %ADa %20N %C2 %B0218-2022-CG.pdf?v=1654031918](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3168102/Resoluci%C3%B3n%20de%20Contralor%C3%ADa%20N%C2%B0218-2022-CG.pdf?v=1654031918).