

## DOS SALAS, DOS INTERPRETACIONES Y UN ACUERDO

### I. LAS SALAS:

**PRIMERA Y CUARTA SALA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO**

### II. LAS INTERPRETACIONES:

#### **PRIMERA SALA:**

"(...) cabe traer a colación el Acuerdo de Sala Plena N° 006-2012, en el cual se aprobó como precedente vinculante que en el procedimiento administrativo sancionador es materia de análisis **únicamente verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual** que establece el Reglamento, y que dicha decisión haya quedado consentida, independientemente de las causas que hayan motivado la resolución contractual, debiendo esta surtir todos sus efectos y por tanto, ser ejecutada en sus propios términos".

#### **CUARTA SALA:**

"El artículo 36 de la Ley dispone que, cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato".

### III. EL ACUERDO:

Acuerdo de Sala Plena N° 006-2012

A continuación de transcriben alguna de las posiciones:

- 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.
- 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 sancionador<sup>1</sup>, 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.

#### IV. COMPARANDO LAS POSICIONES E INTERPRETACION DE LAS SALAS:

Rs N°	3308-2019-TCE	1413-2019-TCE
SALA	SALA 1	SALA 4
SUMILLA	"(...) cabe traer a colación el Acuerdo de Sala Plena N° 006-2012, en el cual se aprobó como precedente vinculante que en el procedimiento administrativo sancionador es materia de análisis <b>únicamente verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual</b> que establece el Reglamento, y que dicha decisión haya quedado consentida, independientemente de las causas que hayan motivado la resolución contractual, debiendo esta surtir todos sus efectos y por tanto, ser ejecutada en sus propios términos".	"El artículo 36 de la Ley dispone que, cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato".
VOCAL PONENTE	<b>CARLOS ENRIQUE QUIROGA PERICHE</b>	<b>PAOLA SAAVEDRA ALBURQUERQUE</b>
NORMA APLICABLE	Ley 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1341 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF.	Ley 30225, modificada con Decreto Legislativo N° 1341 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y modificado con Decreto Supremo N° 056-2017-EF.
HECHOS	<p>a) La Entidad perfecciono una relación contractual con el Contratista mediante la <b><u>Orden de Compra, aceptada el 26 de setiembre de 2018.</u></b></p> <p>b) A través de la Carta N° 0051-2018/ZRN XIV-UADM-ABAST del <b><u>28 de noviembre de 2018,</u></b> notificada en la misma fecha al Contratista (mediante correo electrónico), la Entidad le solicito que cumpla con sus obligaciones contractuales en un plazo de veinticuatro (24) Horas.</p>	<p>a) <b><u>El 19 de abril de 2018,</u></b> se publicó en el portal web SEACE, la <b><u>Orden de Compra,</u></b> con un plazo de entrega de 60 días calendarios.</p> <p>b) A través de la Carta Notarial N' 0021-2018/COMPURED S.A.C. de fecha <b><u>14 de junio de 2018, el Contratista solicitó la resolución del contrato</u></b> "aduciendo que los números de partes de los equipos solicitados ha sido reemplazados, <b><u>siendo imposible entregar productos distintos a</u></b></p>

<sup>1</sup> "Dicho procedimiento tiene, 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

<p>c) Con Carta Notarial N° 03-2018/CLOUDTECH E.I.R.L. del 6 de diciembre de 2018, <b><u>diligenciada notarialmente el 10-12-18</u></b> a la Entidad, <b><u>el Contratista le comunico su decisión de resolver el contrato, por causal de fuerza mayor, al existir retraso en la fabricación de los bienes ofertados.</u></b></p> <p>d) A través de la Carta N° 194-2018-SUNARP-ZRNP°UADM de fecha 3 de diciembre de 2018, <b><u>diligenciada notarialmente el 11-12-18</u></b> en el domicilio del Contratista, la Entidad le solicito que cumpla con sus obligaciones contractuales en el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas.</p> <p>e) Mediante Carta N° 218-2018-SUNARP-ZRN°XIV del <b><u>28 de diciembre de 2018</u></b>, diligenciada el 4 de enero de 2019 en el domicilio del Contratista, <b><u>la Entidad le comunico su decisión de resolver la relación contractual, por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.</u></b></p> <p>LA RESOLUCIÓN DE LA ORDEN DE COMPRA NO FUE SOMETIDA A PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO Y/O ARBITRAL POR NINGUNA DE LAS PARTES.</p> <p>AMBAS PARTES RESOLVIERON EL CONTRATO (ORDEN DE COMPRA)</p>	<p><b><u>los requeridos en la orden de compra"</u></b>.</p> <p>c) <b><u>El 9 de julio de 2018</u></b>, mediante la Carta CONIDA/OGA N° 039-2018, <b><u>solicitó al Contratista que cumpla con sus obligaciones</u></b> en un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver la relación contractual.</p> <p>d) <b><u>El 24 de agosto de 2018</u></b>, mediante Carta CONIDA/OGA N° 046-2018, comunicó el <b><u>Contratista la decisión de resolver la relación contractual</u></b>, al haber incumplido con sus obligaciones.</p> <p>LA RESOLUCIÓN DE LA ORDEN DE COMPRA NO FUE SOMETIDA A PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO Y/O ARBITRAL POR NINGUNA DE LAS PARTES.</p> <p>AMBAS PARTES RESOLVIERON EL CONTRATO (ORDEN DE COMPRA)</p>
---	---

**Fundamento 7.-** Por último, resulta oportuno recordar que el citado Acuerdo de Sala Plena N° 006- 201213 señala que al Tribunal le corresponde **únicamente verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual que establece el Reglamento**, y que dicha decisión haya quedado consentida, independientemente de las causas que hayan motivado la resolución contractual, debiendo esta surtir todos sus efectos y por tanto, ser ejecutada en sus propios términos.

**Fundamento 9.-** Se **advierte que la Entidad siguió adecuadamente el procedimiento de la comunicación notarial de la resolución del Contrato**, de acuerdo a lo previsto en el artículo 136 del Reglamento, habiendo requerido previamente el cumplimiento de sus obligaciones y posteriormente comunicado la resolución del Contrato, debiéndose precisar que en ambos casos dichas comunicaciones fueron diligenciadas por conducto notarial.

**Fundamento 11.-** Sobre el caso en particular, de la revisión de los documentos que obra en el expediente administrativo, se observa que la Entidad, con fecha 11 de diciembre de 2018 (mediante la Carta N° 194-2018-SUNARP-ZRNP°UADM) solicitó al Contratista el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; siendo que posteriormente, con fecha 4 de enero de 2019, le comunicó su decisión de resolver la relación contractual. Cabe precisar que dichas actuaciones se efectuaron antes de que la comunicación del Contratista de resolver el contrato (Carta Notarial N° 03-2018/CLOUDTECH E.I.R.L.) haya quedado consentida; por lo tanto, el procedimiento de resolución contractual efectuado por la Entidad tiene plena vigencia para efectos del presente caso.

**Fundamento 12.-** Ahora bien, dado que la decisión de la Entidad de resolver la Orden de Compra fue notificada al Contratista el 4 de enero de 2019; aquel —de no encontrarse conforme con dicha resolución— contaba con el plazo de treinta (30) días hábiles para solicitar que se someta la misma a arbitraje o conciliación, plazo que venció el 15 de febrero del mismo año.

**Fundamento 13.-** Cabe agregar ...; **y atendiendo a que la Entidad le comunicó su decisión de resolver la relación contractual (antes de que haya quedado consentida la carta de resolución del Contratista); aquel tenía expedito su derecho de someter dicha decisión a un procedimiento conciliatorio (para arribar o no a un acuerdo entre ambas partes)**, o a un procedimiento arbitral para resolver dicha controversia; sin embargo, en el

**Fundamento 8.-** Ahora bien, en cuanto al primer requisito, el artículo 36 de la Ley dispone que, 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, siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación.

**Fundamento 13.-** De los actuados en el presente procedimiento, se aprecia que tanto el Contratista como la Entidad habrían resuelto el Contrato; **por lo tanto, deberá analizarse el procedimiento seguido por cada uno de ellos a efectos de verificar que hayan observado el debido procedimiento para dicho efecto**, en tanto que su cumplimiento constituye requisito necesario e indispensable para determinar si se ha configurado la referida infracción.

**Fundamento 18.-** En tal sentido, atendiendo al análisis efectuado y a los documentos obrantes en el expediente se advierte que la parte que resolvió primero el Contrato, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 136 del Reglamento, fue el Contratista, por causal de fuerza mayor. Ahora bien, cabe traer a colación que la resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo; por tanto, desde aquel momento, el contrato dejará de surtir efectos y ambas partes - Entidad y contratista - quedarán desvinculadas.

V. **Análisis:**

1. Como es de apreciarse ante dos hechos iguales (resolución de contrato realizado por ambas partes, siendo que el primero en resolver fue el contratista), Dos Salas del Tribunal de Contrataciones tienen diferentes criterios de análisis en relación a lo establecido por ellos mismos en el Acuerdo de Sala Plena N° 006-2012; pues la Sala 1 considera que solo debe analizarse si la Entidad siguió con el procedimiento de resolución de contrato establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Asimismo; en este caso la referida Sala, de manera subjetiva analiza y da por cierta la supuesta responsabilidad del contratista en la resolución del contrato, valorando únicamente que la Entidad procedió a resolver el contrato con las formalidades de ley, dejando de lado lo señalado en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones el Estado, artículo que precisa que: ***“El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de la comunicación de la resolución del contrato”***; es decir, la Entidad no podría resolver un contrato ya resuelto, resolución que de acuerdo a ley es de pleno derecho; es decir que se produce sin necesidad de que ocurra un hecho o acto posterior a dicha resolución; precisándose que el plazo de 30 días otorgados por el artículo 137 del Reglamento es únicamente para efectos de la parte que no esté de acuerdo con la resolución de contrato, pueda acudir a la instancia correspondiente; (conciliación o arbitraje) a fin de cuestionar tal decisión; precisándose que de no acudir a la vía idónea, la resolución habrá quedado consentida, posición válidamente recogida por la Sala 4 en la resolución también analizada.
2. En ambos casos expuestos, se estuvo ante 2 resoluciones de contrato válidamente realizados (respecto al procedimiento seguido por cada una de las partes), así lo establece incluso la Sala 1 en sus fundamentos 10 y 11 de la Resolución **3308-2019-TCE**; sin embargo, la Sala 1 pretende darle validez al consentimiento que habría operado de la resolución planteada por la Entidad pese a que es posterior al consentimiento de la resolución planteada por el contratista; habiendo tomando el

Tribunal (Sala 1) una posición arbitraria y para la que no tiene competencia; pues los únicos facultados para poder determinar cuál de las resoluciones es la válida, serían un Tribunal Arbitral o un Árbitro Único, resultando que ninguna de las partes acudió a dicha instancia; por lo que no ha quedado demostrado si la resolución de contrato fue imputable al contratista o a otros factores que no tuvieron que ver con la responsabilidad del contratista.

3. De igual modo, se advierte que la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones ha realizado una interpretación errónea del Acuerdo de Sala Plena N°006-2012, sancionando al contratista por una infracción atípica, pues el tipo administrativo exige que haya sido el contratista el responsable de ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, situación que no ha sido demostrada en los casos expuestos ya que ninguna de las dos partes sometieron la controversia a la Conciliación o Arbitraje.
4. Es importante señalar que en la Resolución N° **3308-2019-TCE**, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones señala que en el procedimiento administrativo sancionador, ***“es materia de análisis ÚNICAMENTE verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual”***, ello (según la Primera Sala) conforme al Acuerdo de Sala Plena N°006-2012; sin embargo, de la lectura íntegra de dicho acuerdo, se desarrollan ciertos criterios para el análisis de la resolución de contrato en los procedimientos administrativos sancionadores, pero no se indica que ÚNICAMENTE o SÓLO deberá verificarse que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual, lo cual evidencia que la Primera Sala realiza una interpretación muy parcializada del referido Acuerdo, ya que estaría dando mayor protección al Estado y no tratando por igual a las partes.
5. En cuanto a la infracción “Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral”, el Tribunal de Contrataciones mediante el acuerdo **Acuerdo de Sala Plena**

**N°006-20122** ha establecido que no sólo es necesaria que la resolución de contrato haya quedado consentida o firme, sino que ésta se haya realizado de conformidad con el procedimiento establecido. Ahora bien, cuando es la Entidad quien resuelve el contrato y ésta queda consentida, no habría mayor inconveniente para la aplicación del tipo administrativo; sin embargo, qué pasa si ambas partes resuelven de manera simultánea el contrato? O si por el contrario es el Contratista quien resuelve el contrato? y ninguna de las partes sometió la controversia a conciliación o al arbitraje. En este caso, habría que realizarse las siguientes preguntas: 1) Será posible la aplicación de sanción al Contratista?, 2) El TC tiene las Facultades para determinar cuál de las resoluciones es la válida?, Podrá el TC analizar las causales de la resolución de contrato?, O es que la competencia del TC debe limitarse a verificar el procedimiento de la resolución?.

Estas preguntas válidamente estaban satisfechas al analizar el contenido del **Acuerdo de Sala Plena N°006-20122** y de algunas resoluciones como la **1413-2019-TCE-S4, 2325-2017-TCE-S1**.

6. Como Conclusión podremos indicar que con lo señalado en la Resolución **3308-2019-TCE**, la Primera Sala **ha validado el procedimiento de resolución contractual de un contrato inexistente**, toda vez que de los hechos se advierte que fue el contratista quien resolvió primero el contrato; sin embargo, la Sala argumentando una interpretación del **Acuerdo de Sala Plena N°006-20122, señala que lo único que debe verificarse es que la Entidad** haya seguido el procedimiento para la resolución de contrato, dejando de lado las actuaciones del contratista, atribuyéndole una sanción frente a un hecho atípico al no haberse configurado la infracción causal ed sanción.

Elaborado por: Victoria Pérez Aguilar

Abogada Especialista en Contratación Pública

Blog: <http://perezaguilarasesores.blogspot.pe>