

Ricardo Rodríguez Ardiles*

RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ESENCIAL NO PACTADA EN LOS CONTRATOS SUJETOS A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

1. INTRODUCCIÓN

La actuación del Estado en sus relaciones con el sector privado han merecido no poca atención de los tratadistas y estudiosos del derecho, los cuales han establecido que los contratos que aquel celebra constituyen una relación típica, particular y propia, sin que por ello se admita en el actual momento, la existencia de diferencias entre contratos administrativos y contratos de Administración, según la cual los primeros, conocidos de manera frecuente como contratos públicos, eran aquellos que poseían como elemento determinante el alto contenido público de su objeto; y los segundos, mas bien la sola concepción de la relación jurídica entre un órgano de la Administración y un particular pero actuando el Estado ficticiamente despojado del poder que le es inherente.

En la actualidad, siguiendo a Dromi quien a su vez cita a Auby, bien puede afirmarse que “Conceptualmente entendemos que el contrato de la Administración es “un acto de declaración de voluntad común, producto de efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente público estatal o no.”¹

Mas sin embargo, la contratación que efectúe el Estado, por mandato legal, no puede ser ajena a circunstancia distinta al de una finalidad pública en razón de que la esencia misma de aquella radica, precisamente, en la satisfacción de dicha finalidad pública. Sobre este particular es especialmente explícito el contenido del artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado.²

*Abogado por la Universidad San Martín de Porres, con estudios en la Universidad de Piura, Ferris State College. Actualmente se desempeña como árbitro y consultor en contratación pública y derecho administrativo de entidades del sector público y privado. Ha publicado artículos de la especialidad en RAE Jurisprudencia, Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico, Revista Construcción e Industria, Boletín Oscervando, Boletín Propuesta. Es capacitador certificado por OSCE y miembro del Consejo Editorial de la Revista Contratando. Arbitro inscrito del Centro de Arbitraje de la PUCP, OSCE y de los principales centros arbitrales del medio.

¹ Dromi, Roberto La licitación pública, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2ª Edición, pp 24

² Ley de Contrataciones del Estado, art. 13°. - Características técnicas de los bienes servicios y obras a contratar “ Al plantear su requerimiento el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado”.

Dentro de este contexto, en el que el Estado sigue manteniendo y ejerciendo las prerrogativas que le son propias, las partes se sujetan de manera obligatoria a las disposiciones legales expedidas sobre el particular, específicamente a lo que sobre el contrato se ha establecido en la ley específica, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y su norma reglamentaria.

Así queda determinado en el Reglamento precedentemente citado, cuando se define el contrato como *“el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del Reglamento”*.³

En consecuencia y en función de ello, el contenido y el alcance del contrato, y como es lógico sus consecuencias, está delimitado por el contrato mismo, el cual *“está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado.”*⁴

Siendo así, constituye obligación legal que en el contenido del mencionado contrato se incorporen *cláusulas obligatorias*, referidas a *garantías, solución de controversias y resolución de contratos por incumplimiento*, y dentro de esta última, el derecho del contratista de poder resolver el contrato por incumplimiento de la entidad de *sus obligaciones esenciales*.⁵

Las obligaciones esenciales en los contratos con el Estado

Como hemos expresado hasta el momento, citando el propio texto normativo, se advierte que en los contratos suscritos con el Estado de conformidad a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, este contrato administrativo, pese a sus notas tipificadoras que lo caracterizan, posee una que es propia de toda relación contractual, para ambos contratantes existen obligaciones de necesario cumplimiento, que de ser soslayadas, no es factible que se alcance la cabal realización del objeto del mismo.

Pese a esa postulación, sin embargo, el legislador al momento de reglar las causas u obligaciones factibles de ser invocadas por las partes para resolver un contrato, efectúa un singular distingo, puesto que mientras que la Administración puede resolver a su contratista el contrato *en caso de incumplimiento de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación*; tratándose del contratista, la resolución sólo podrá ser realizada ante el incumplimiento de la Entidad *de sus obligaciones esenciales*.⁶

En concordancia con ello, no cabe duda alguna que dentro de los privilegios o prerrogativas que se reserva el Estado al celebrar sus contratos se encuentra éste, el de poder resolverlo por cualquier incumplimiento contractual, extremo que no es equivalente en el caso del contratista proveedor, que sólo puede efectuarlo por incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad.

Todo eso no constituye sin embargo elemento para desaparecer el vínculo contractual por cuanto esta singularidad

³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Anexo Unico, Anexo de Definiciones numeral 13.

⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 14

⁵ Ley de Contrataciones del Estado, art. 40.- Cláusulas obligatorias de los contratos

c) Igual al derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista le haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

⁶ Ley de Contrataciones del Estado, art. 40

forma parte de las condiciones o reglas de la contratación con el Estado al que el proveedor contratista se obliga libremente, ejerciendo su voluntad, al conocer de modo previo que la Administración posee esta prerrogativa a la cual se somete por decisión propia.

A pesar de su importancia, cabe destacar que la norma no define ni establece criterios para conceptualizar lo que es una *obligación esencial*, regulando sólo que las mismas se *contemplan en las Bases o en el contrato...*⁷ generando con ello incertidumbre en torno al contenido de la expresión “obligaciones esenciales”, e igualmente si éstas constituyen una enumeración rígida o flexible y si, incluso, una determinada obligación que en un primer momento no es estimada como esencial, puede convertirse en tal, según sea el decurso de la ejecución del contrato.

Ante dicho silencio legislativo, corresponde tratar de superar esa circunstancia.

En términos amplios, el concepto “obligación” importa la existencia de un vínculo en función del cual se queda sujeto a hacer o abstenerse de hacer de acuerdo a lo pactado voluntariamente. Pudiendo aquellas estar referidas a obligaciones de dar, hacer, no hacer.

Sin embargo, para el tema que nos ocupa se requiere una mayor amplitud conceptual, a efectos de desentrañar, dentro de un contrato bilateral, el distingo entre “obligación esencial” y “obligación no esencial”.

Tal como emerge de su semántica, estaremos frente a una obligación esencial cuando dicha obligación constituye lo que caracteriza o califica la naturaleza del contrato, esto es, aquel elemento que sin su existencia el contrato de que se trate deja de ser tal y se convierte en otro.

Como afirma Claus Krebs Poulsen “*podemos comenzar diciendo que son obligaciones esenciales de un contrato bilateral aquellas que permanente e invariablemente lo caracterizan, lo que hacen ser lo que es*”⁸, a lo cual podríamos añadir como parte integrante del concepto que sin el cumplimiento de tal obligación el contrato carece de efecto.

En función de ello, así como lo que regula la normativa en el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado precedentemente citado, podemos igualmente inferir válidamente, que las obligaciones esenciales no sólo tienen como fuente de origen la naturaleza misma del contrato que por sí constituye una manifestación expresa de voluntad, sino también igualmente, lo que de modo particular las partes pudieran pactar a dicho respecto.

Mas aún podríamos aseverar que una de sus notas tipificadoras para ser categorizada una obligación como esencial es que la misma se encuentra en la esfera de la reciprocidad entre las de los contratantes, a efectos que el contrato bilateral y de prestaciones, posea el equilibrio necesario que por su naturaleza le es propio.

En el derogado texto del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se normaba que para efectos de las causales de resolución contractual *se considerarán como obligaciones esenciales los pagos en las oportunidades previstas en el contrato, las que fueron factores de calificación y selección, y aquellas condiciones que resulten indispensables para el normal cumplimiento del contrato*⁹, lo que permitía disponer de un adecuado marco normativo dentro del cual el derecho del contratista podía ser evaluado.

La no inclusión de esta precisión en la normativa vigente, sin embargo,

⁷ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, art. 168

⁸ Claus Krebs Poulsen, La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita, Revista Chilena de Derecho Volumen 26 N°4

⁹ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, art. 144, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, de 12.02.01, actualmente derogado

ha pretendido ser suplida mediante las opiniones y pronunciamiento que emite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, entre los cuales merecen destacarse algunos conceptos relevantes:

Así tenemos, por ejemplo:

En el Pronunciamiento N° 060-2004 (GTN), de 12 de abril de 2004, se expresa:

En este sentido, si bien se reconoce el derecho del contratista a solicitar la ampliación del plazo cuando se produzcan paralizaciones atribuibles a la Entidad, y también se reconoce como una de estas, el incumplimiento de las obligaciones esenciales a su cargo (pago), deberá verificarse en cada caso concreto la procedencia de dicha ampliación.

En el Pronunciamiento N° 001-2001 (GTN), de 08 de enero de 2001, se expresa:

*Se entiende por **obligación esencial**, aquella que esta vinculada directamente con la finalidad del contrato; así, el artículo 144º señala que una obligación esencial de la Entidad es el pago oportuno en el contrato.*

Obligaciones no esenciales, son aquellas que están vinculadas con las prestaciones accesorias o que su incumplimiento no impide que se logre la finalidad del contrato.

En el mismo sentido, se incluye ese alcance en el Pronunciamiento N° 018-2004 (GTN) de 02 de febrero de 2004, entre otros.

En ese orden de ideas, por tanto, tal como se ha señalado respecto de lo que considera la doctrina, así como lo que el propio organismo rector de la contratación del Estado entiende, **podemos concluir que constituye obligación esencial, aquella que es inherente al contrato materia de relación bilateral, sin la cual el contrato respectivo dejaría de ser tal, o que en su ausencia el objeto de la relación contractual no podría ser alcanzada.**

Sin embargo, cabría preguntarse si las obligaciones esenciales de un contrato son únicas y pre determinables antes de su celebración, o si mas bien, si bien una parte significativa de aquellas poseen tal posibilidad puede haber otras, dada la dinámica del contrato, que si bien inicialmente no ostentaban esa calidad podrían devenir en tales.

En términos generales conceptualizamos que siendo el contrato el acuerdo de partes por que el que se expresa una relación jurídica con carácter patrimonial, resulta inherente a la misma que cada parte tenga, desde antes y durante el contrato, exacto alcance de las obligaciones que asume y debe cumplir, de suerte tal, que como consecuencia de ello, pueda poseer adecuado nivel de certeza respecto de cada una de ellas, incluyendo un cabal distingo entre las que son esenciales y las que no lo son.

Siguiendo esa línea de reflexión, por tanto, no es desde nuestro punto de vista factible admitir que una determinada obligación no considerada como esencial de modo previo a la formalización del contrato adquiera la calidad de tal, ya que ello constituiría, precisamente la ruptura de la tesis expuesta.

La referida conclusión la sustentamos en una aseveración que emerge de lo precedentemente definido, si la obligación esencial es inherente a la relación contractual y en especial al contrato de que se trate, aquellas estarán siempre presentes en razón de su propia naturaleza.

Lo que sí es factible es que, en la relación enunciativa de las obligaciones esenciales que se elabore antes de la suscripción del contrato, se puedan obviar o soslayar obligaciones que sí poseen esa característica de esencial, con lo cual cabría preguntarse si es factible (al igual que el caso de la omisión que desarrollaremos mas adelante) completar esa nómina, o debe interpretarse que al no estar en la misma lo que conlleva es asumir que la voluntad de las partes ha sido expresa en

no considerar la condición omitida como parte de aquellas.

Ello nos genera como consecuencia inmediata la necesidad de respondernos otra pregunta, la condición de esencial de una obligación es facultad de las partes o, como hemos afirmado en párrafo precedente al corresponder a la propia naturaleza de la relación contractual según el contrato de que se trate el reconocimiento de esa calidad de esencial no está librada a la voluntad de las partes.

Sobre el particular nuestra posición es explícita, la obligación esencial de un contrato es inherente al mismo, y en consecuencia, las partes –sujetos de dicha relación– no pueden negar ni su existencia ni la calidad de tal, sin perjuicio de que según fuere el caso, reservarse restringir las consecuencias derivadas del incumplimiento de aquellas, extremo éste que sin embargo, en los contratos regidos por la Ley de Contrataciones del Estado no es factible al existir norma expresa como ya se ha explicado.¹⁰

Omisión de las obligaciones esenciales en las bases y en el contrato

Hasta aquí, hemos logrado establecer como necesaria premisa para el análisis que prosigue, que las obligaciones esenciales de un contrato emanan de su propia naturaleza, por lo cual están al margen de la voluntad de las partes de ser categorizadas o clasificadas como tales, mas sí admitimos que, salvo el caso de norma legal expresa como el de la Ley de Contrataciones del Estado, las partes poseen la capacidad de restringir las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

Ahora bien, hemos señalado que la normativa legal de contratación pública demanda que las obligaciones esenciales deben estar *contempladas en las Bases o en el contrato*; mas si ello no se produce,

esto es, existiendo omisión, veamos cuáles pueden ser sus consecuencias.

Una primera posición estará centrada en la defensa de la formalidad y el cumplimiento de la normativa como requisito indispensable para que se genere alguna consecuencia del incumplimiento.

Los que defienden esta posición han de argumentar que la condición establecida en el Reglamento respecto a que las obligaciones esenciales requieren para ser generadora de causal de resolución que aquellas se encuentren previamente establecidas en las Bases, impide que el contratante y menos aún terceros, puedan considerar determinada obligación contractual como esencial o no, por cuanto ello es exclusiva facultad delegada por la normativa legal a la entidad contratante, y si ésta no efectuó dicha precisión y el proveedor en su momento no estableció cuestionamiento alguno en la etapa de consultas u observaciones a las bases o a la proforma del contrato, lo que puso de manifiesto es su voluntad de liberar a la entidad de las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones.

Esta postulación, que aparentemente posee un desarrollo conceptual resulta inválida por cuanto, de una parte, atenta contra el aforismo de que nadie puede invocar hecho propio para lograr un beneficio, al igual que *La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivas de un derecho*¹¹ y de otra, presupone que el contenido de las bases integradas soslayando un mandato de la normativa puede significar un pretexto cabal para liberarse de las consecuencias del incumplimiento de la entidad. En ambos casos, la tesis deviene en insostenible.

La segunda posición, conceptúa que el requisito de la formalidad señalado en el numeral 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no es

¹⁰ Ley de Contrataciones del Estado, inciso c) art. 40°; y Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado art. 168

¹¹ Código Civil, Título Preliminar, art. II

constitutivo de derecho alguno, puesto que la facultad resolutoria de los contratantes es inherente a la naturaleza misma de todo contrato, al igual que dependiendo del contrato del cual se trate, las obligaciones esenciales de los mismos emergen de la propia naturaleza de aquellos y no requieren que sean indispensablemente enunciados o detallados, ya que del análisis de cada uno de ellos fluye de manera inequívoca las obligaciones esenciales.

En este análisis, no podemos dejar de mencionar, dadas las consecuencias que ello posee, la no poco frecuente omisión que se advierte en las bases de los procesos de selección y en los contratos respectivos, respecto a puntualizar las obligaciones esenciales de cada uno de los contratos que el Estado celebra generando con ello, no pocas veces igualmente controversias respecto de las mismas.

Calificación de obligaciones esenciales por los árbitros

Recordemos que la resolución de contrato por causa imputable a la entidad es sólo posible si el contratista acredita, además del cumplimiento de las formalidades del caso¹², que la causa invocada incumplida por aquella es obligación esencial.

Si la referida obligación esencial está tipificada en las bases o en el contrato no habrá perturbación alguna, y la decisión arbitral que pudiera emitirse como consecuencia de la resolución efectuada por el contratista responderá, en lo fundamental, a lo establecido en el párrafo precedente, esto es, a verificar el cumplimiento de la formalidad del requerimiento previo con el plazo respectivo de subsanación, y luego la entrega de la carta resolutoria correspondiente.

Mas sin embargo, cuando la obligación en la que el contratista se sustenta para resolver el contrato no ha sido previamente

determinada ni en las bases ni en el contrato se requiere, necesariamente, de un trabajo mayor por parte del Tribunal Arbitral.

En este supuesto, el aspecto inicial se circunscribirá a analizar si, efectivamente, la causa invocada es una obligación esencial, ya se trate de que la obligación esencial ha sido omitida integralmente en las bases y en el contrato, o la invocada no se encuentra en el listado que sobre el particular se consignó en tales documentos.

Para ello, el análisis de los árbitros partirá de la naturaleza del contrato, a efectos de determinar si efectivamente la causal invocada resulta esencial dada la naturaleza de aquel y si, en consecuencia, la calificación que el contratista ha dado a la obligación incumplida es correcta. Este aspecto resulta crucial, por cuanto mientras que originalmente la norma legal brinda esa facultad a la entidad, ante su omisión en las bases y el contrato que ella misma elabora y al cual el proveedor contratista en términos generales se adhiere, cuando se produce un incumplimiento por parte de la entidad contratante corresponderá al último citado (proveedor contratista) la calificación de la obligación incumplida como esencial, extremo éste que debe ser necesariamente validado por los árbitros.

Dentro de la experiencia, se aprecia que la causa mayormente invocada para resolver un contrato por incumplimiento de la entidad contratante es la de falta de pago, la misma que pese a su nivel de trascendencia y evidente relevancia y fácil calificación de esencial la normativa no lo efectúa y que por tanto, carece de desarrollo normativo específico, correspondiendo por ende ser evaluado este aspecto en cada oportunidad en función del contrato de que se trate.

Sobre el pago y su oportunidad, los árbitros son cuidadosos para calificar la falta de pago como causa resolutoria, toda vez

¹² De acuerdo a lo prescrito en la normativa, la resolución de contrato requiere que antes de la remisión de la carta notarial resolutoria, quien desea resolver el contrato remita una carta notarial de requerimiento previo a su contraria precisando la obligación incumplida, y concediendo un plazo no mayor de cinco días para que la subsane, salvo el caso de contratos de obra en que necesariamente será de quince días, en ambos casos bajo apercibimiento de resolución contractual. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, art. 169°.

que el mero retraso en la cancelación de acreencias no puede significar origen de conclusión anticipada de contrato, dado que ello es factible se haya producido por causa no imputable a la propia contratante, salvo que aquel afecte de manera relevante el cumplimiento del objeto contractual o al propio proveedor contratista.

Es que en la contratación pública el legislador ha previsto que ante la mora en el pago, el proveedor contratista tiene derecho al reconocimiento y abono de intereses¹³, desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse¹⁴, así como que tratándose del pago de valorizaciones de obra, a partir del vencimiento del plazo para el pago de las mismas aquel tiene derecho a análogos intereses¹⁵, por lo que podría estimarse que con ello el incumplimiento al tener una compensación prevista pierde su condición de causa resolutoria.

Asimismo se afirma, que estando reglado que toda perturbación que pudiera sufrir el proveedor contratista por causa que no le es imputable, entre las que resulta inmersa la falta de pago oportuna en la medida que acredite la afectación a su cronograma de ejecución de su prestación, da origen a ampliación de plazo¹⁶, el simple no pago no constituye causa resolutoria al existir otra vía de compensación tendiente a mantener la relación contractual vigente.

Frente a ello se ha señalado que en los contratos que celebra el Estado para el contratista no hay una previsión de financiamiento, salvo claro está que se trate de un contrato que lo incluya de manera específica, por lo que dado el necesario equilibrio que debe existir en las prestaciones de las partes, no puede exigirse a una de ellas, en este caso al proveedor contratista, el financiamiento al Estado si ello no fue así considerado desde

el valor referencial y estructura del mismo que a la postre sirvió para que el postor formulara su propuesta económica.

Ahora bien, la legislación prevé que *Todos los pagos que la Entidad debe realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación*,¹⁷; y que tratándose de obras en función de los metrados ejecutados a través de valorizaciones¹⁸, lo que suscita a su vez el cuestionamiento respecto a si un contrato cuyas prestaciones por parte del contratista o se han ejecutado o vienen ejecutándose, según el caso, pueden ser materia de resolución contractual.

Tratándose de bienes o servicios o de obras en proceso, es evidente que el hecho que la prestación del contratista esté culminada o en proceso, en nada modifica el criterio de evaluación del incumplimiento de la entidad, mas aún cuando el contrato no culmina sino cuando el proveedor contratista recibe el pago de la última prestación pactada o la liquidación final de la obra contratado, respectivamente¹⁹.

De otra lado, y como parte del análisis, debe determinarse que las relaciones contractuales que celebra el Estado con sus proveedores contratistas poseen finalmente una expectativa de utilidad, la misma que deja de ser tal de no percibirse en la oportunidad prevista, aún cuando pudiera existir los otros mecanismos compensatorios reseñados.

Es por ello, que la facultad de los proveedores contratistas de resolver el contrato por carencia de pago deviene en independiente de si ello afecta o no el normal desenvolvimiento del contrato, aunque para efectos de entender la lógica contractual y sus consecuencias,

¹³ Ley de Contrataciones del Estado, art. 48° En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes...

¹⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, art. 181°

¹⁵ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, art. 197°

¹⁶ Ley de Contrataciones del Estado, art. 41°; Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, arts. 175° y 200°

¹⁷ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, art. 180°

¹⁸ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, art. 197°

¹⁹ Ley de Contrataciones del Estado, art. 42°

la anotada circunstancia constituya un elemento adicional e importante que ha de ser evaluado al analizar el caso particular.

Como puede observarse, en concordancia a la normativa que establece que una vez surgida una controversia corresponde ser resuelta la misma en la vía arbitral²⁰, y dentro de las atribuciones de los árbitros, especialmente la kompetenz-kompetenz²¹, no cabe duda alguna que ante la ausencia de una tipificación de obligaciones esenciales en las bases o en el contrato, corresponderá a estos apreciar circunstancias como las expuestas para determinar si la causa invocada como resolutoria constituye obligación esencial incumplida, independientemente a que ella afecte o no el cumplimiento de la prestación o que esta última se encuentre cumplida en tanto, claro está, no se haya culminado el contrato.

Dentro de esa misma perspectiva, corresponderá igualmente a los árbitros analizar y pronunciarse respecto de otras obligaciones contractuales que al no estar enunciadas como esenciales pueden emerger de los propios términos y alcances del contrato y de la propia normativa, entre ellas por ejemplo, las señaladas como condiciones establecidas en las bases para el inicio del cómputo del plazo contractual que sí han sido fijadas en las mencionadas bases²², y más específicamente, las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de obra, en que la propia normativa brinda la facultad al contratista de resolver el contrato ante el incumplimiento de aquellas²³

Asimismo, se requerirá de un análisis detallado respecto de las obligaciones que corresponden a la entidad y que resultan incumplidas tales como *la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos,*

*servidumbres y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista.*²⁴

Finalmente, temas como la exagerada demora para absolver consultas que pongan en riesgo lo ejecutado como la continuidad de un proyecto, incumplimiento de plazos en la definición de ejecución de adicionales especialmente en el caso de obras, o imposibilidad de realización de lo contratado por condiciones técnicas o de facilidades necesarias e indispensables, han de ser también objeto de análisis a fin de ser adecuadamente calificadas o no como obligaciones esenciales factibles de ser causal de resolución contractual.

A modo de conclusión

El propósito del presente artículo ha sido poner de relieve la importancia que posee la calificación de obligaciones como esenciales para efectos de ser factibles ser invocadas como causa de resolución contractual por incumplimiento de la entidad contratante, y la labor que corresponde a los árbitros respecto a analizar y determinar, en cada caso particular, en cada relación contractual, si producida la resolución por causa imputable a la entidad, ésta se ha producido más allá del cumplimiento de las formalidades exigidas, con el sustento adecuado que la legislación establece.

Igualmente, se ha planteado que la facultad de análisis de los árbitros sobre ese aspecto es amplia y se enmarca en los términos y alcances de su competencia, especialmente cuando las señaladas obligaciones esenciales no han sido establecidas ni en las bases ni en el contrato.

²⁰ Ley de Contrataciones del Estado, art. 52°

²¹ Ley de Arbitraje, art. 41° numeral 1. El Tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

²² Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, art. 151°

²³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, art. 184°

²⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, art. 153°

Se deja sentada para un desarrollo posterior, la importancia de que sea la propia legislación la que establezca criterios para determinar si una obligación es o no esencial dentro de un contrato, a efectos que los sujetos de la relación así como los terceros, puedan apreciar con adecuada certeza si ante un incumplimiento obligacional se está o no frente a una potencial causa de resolución contractual.

Finalmente, se ratifica que la competencia de los árbitros en esta materia se enmarca dentro de las atribuciones y facultades de su función arbitral, pudiendo por ende a efectos de solucionar la controversia que se le pone en su conocimiento analizar, interpretar y decidir respecto a si se está frente a una obligación esencial en función de la naturaleza del contrato, sus alcances y circunstancias que le son propias.

Junio de 2011