



Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
ISSN: 2362-583X
revistaredoeda@gmail.com
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

CUBA MENESES, ERICK
Contratos públicos y buena fe: la tutela de los derechos
del administrado en el ordenamiento jurídico peruano
Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 5, núm. 2, 2018, Julio-Diciembre
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=655969804002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UDEM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 5 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2018 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Contratos públicos y buena fe: la tutela de los derechos del administrado en el ordenamiento jurídico peruano

Public contracts and good faith: the protection of citizen's rights in the Peruvian administrative legal system

ERICK CUBA MENESES¹*

¹ Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)
ecubam@unmsm.edu.pe

Recibido el/Received: 25.01.2020 / January 25th, 2020

Aprobado el/Approved: 23.04.2020 / April 23rd, 2020

RESUMEN:

El presente artículo tiene como finalidad explicar las causas y justificaciones para la aplicación o inaplicación de penalidades en los Contratos regulados bajo la Ley de Contrataciones del Estado; asimismo, se mencionan los límites que el Tribunal Constitucional ha señalado en los supuestos de contratos con cláusulas abusivas aplicados en el sector público en aplicación del principio de buena fe contractual.

Palabras clave: contratos públicos; penalidad; cláusulas abusivas; Derecho administrativo; buena fe; contratista.

ABSTRACT:

The purpose of this article is explain the causes and justifications for the application or non-application of penalties in Contracts regulated by Law N° 30225; Likewise, explains the limits that the Constitutional Court has indicated in the cases of contracts with abusive clauses applied in the public sector and the relation with the contractual good faith principle.

Keywords: public contracts; penalties; abusive clauses; administrative law; good faith; contractor.

SUMARIO:

1. Introducción; 2. Contrato Administrativo; 3. Penalidad Contractual; 4. Penalidades en los Contratos Públicos; 5. Buena Fe del Contratista; 6. Conclusiones; 7. Referencias.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* CUBA MENESES, Erick. Contratos públicos y buena fe: la tutela de los derechos del administrado en el ordenamiento jurídico peruano. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 2, p. 185-198, jul./dic. 2018. DOI: 10.14409/redoea.v5i2.9099

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú (Lima, Perú). Maestría en Derecho de la Empresa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; y, en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras en la Universidad del Pacífico. Consultor en Derecho Administrativo y Gestión Pública. Actualmente se desempeña como asesor legal de la Oficina General de Cooperación y Asuntos Internacionales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Árbitro y Consultor en Gestión Pública y Derecho Administrativo. Miembro fundador del Taller de Investigación en Derecho Administrativo – TIDA de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Asociación para la promoción de Torneos Académicos – Apta Perú (las opiniones derivadas del presente artículo no comprometen a las instituciones con las que tuviese vínculo el autor).



1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú ha establecido que a todas las personas les asiste el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, independientemente de la situación jurídica en la cual se encuentren inmersas, es decir se convierte en un derecho que asiste a las personas en relaciones jurídico patrimoniales entre privados; y, también en relaciones con el Estado.

En el ordenamiento jurídico peruano, se advierte que la categoría jurídica del Contrato Administrativo, desata un debate interesante cuando se tratan los conceptos del incumplimiento contractual, con la buena fe del contratista y la actitud del Estado.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, existe una discusión constante sobre la naturaleza jurídica del Contrato Administrativo y los efectos que tienen en su ejecución. En el presente trabajo trataremos de abordar la relación existente entre el incumplimiento contractual y la buena fe del administrado en las relaciones jurídico patrimonial entre Entidad y Contratista.

El cumplimiento contractual se encuentra regulado dentro de los, en el acápite que se conoce como Cláusulas penales que son un tipo de remedio contractual propio de la fisonomía contractual, que busca —entre otras cosas— resarcir cualquier eventualidad que pueda surgir en la fase de la ejecución contractual.

2. CONTRATO ADMINISTRATIVO

En doctrina administrativa se reconoce el principio del contrato *Lex Inter Partes* y la aplicación subsidiaria del Derecho Común: “El principio fundamental de la contratación civil se resume en la fórmula del contrato *lex inter partes*. Puesto que el contrato administrativo tiene su origen en el contrato civil, participa también —a salvo las correcciones que le dan su perfil característico— de este mismo dogma”. En este sentido, la doctrina administrativista está conforme en “la aplicación del principio según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender; obrando con cuidado y previsión, a los contratos administrativos; así como el principio de buena fe informa y fundamenta todo el ordenamiento jurídico, tanto público y privado”.

Tomando la premisa anterior como punto de partida, podemos afirmar que el Contrato Administrativo es entendido como la categoría jurídica peculiar del derecho público forjada por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, respondiendo a la idea de los particulares para que colaboren con la misión que persigue la Administración mediante la institución contractual que, correlativamente le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos, que si bien el fenómeno de la contratación pública durante cierta etapa, fue descrito como un sistema radicalmente opuesto al de la contratación privada, muchas veces no se ha reparado en la



circunstancia de que lo público y lo privado son categorías históricas que van formando conceptos jurídicos relativos, los cuales no siempre pueden encapsularse en formulaciones rígidas ni unitarias.

Otra definición en términos más prácticos, señala que el Contrato Administrativo es un acuerdo de voluntades generados de situaciones jurídicas subjetivas en la que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal.

Doctrina nacional autorizada considera que no existe una distinción entre los contratos administrativos y contratos privados de la administración pública, por ello es necesario optar por un régimen jurídico único para los contratos celebrados por las entidades estatales (...), con las siguientes variables (...): la aplicación integrada de normas provenientes de derecho público y derecho común.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que el Contrato Administrativo se constituye como el vehículo mediante el cual, el Estado, se despoja de su tradicional *ius imperium* y interactúa con los administrativos dentro de una relación jurídico – patrimonial propia del Derecho Civil o del Derecho Común, sin perjuicio, que tiene ciertas potestades propias del Derecho Administrativo.

Es preciso citar que los contratos administrativos generan para el contratista dos obligaciones: la de realizar la prestación en el tiempo previsto, y la de entregar exactamente la prestación pactada. Correlativamente, el contratista puede incurrir en incumplimiento de los plazos que le son imputables o de la prestación objeto del contrato.

3. PENALIDAD CONTRACTUAL

Dentro del desarrollo de los contratos (de derecho común), encontramos que tanto el deudor como el acreedor, es decir los contratantes pueden fijar convencional y anteadamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto y cuantificación de los posibles daños y perjuicios que se generen en el supuesto de incumplimiento del deudor de la obligación para la cual se ha comprometido. Dicho acuerdo es conocido comúnmente como la “Clausula Penal”, y se encuentra presente en la mayoría de los contratos.

Dentro de los conceptos de derecho común, en el Perú se encuentra regulado en el Artículo 1341° del Código Civil Peruano, el mismo que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 1341.- *El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.*



Es oportuno señalar que el objeto principal del contrato es el cumplimiento efectivo de la prestación, siendo que el pacto de los castigos o penalidades tienen el carácter de accesorio, subsidiario y condicional. Es accesorio porque existe en razón de una obligación principal. Sin ésta, la cláusula penal carecería de función jurídica: la cláusula penal constituye la valuación anticipada de los daños y perjuicios que causaría la inejecución de la obligación principal.

Por ello, cuando estamos frente a la nulidad de la obligación principal, se origina como consecuencia la nulidad de la cláusula penal. Pero la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal, conforme ha sido recogido en el Artículo 1345° del Código Civil.

Además, si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor, queda también extinguida la cláusula penal. La cláusula penal es subsidiaria porque no sustituye a la obligación principal; ella no permite al deudor liberarse de la obligación principal prometiendo cumplir la pena. La cláusula penal puede exigirla el acreedor, en caso de incumplimiento, y no el deudor. Se trata pues de una medida de seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que la acompaña y no la reemplaza. La cláusula penal, por último, es una obligación condicional, porque para exigirla se requiere que el deudor incumpla la obligación principal; y este incumplimiento es un hecho futuro e incierto del que depende su exigibilidad.

Esta breve introducción, nos lleva a reflexionar sobre cuál fue el real interés del Legislador al incluir una Clausula Penal. La respuesta a dicha interrogante es la necesidad de encontrar un remedio que subsane –en cierta medida, los posibles daños que genere un incumplimiento contractual. Claro está –como veremos más adelante, las penalidades tienen un límite de aplicación, pues cuando éstas exceden un determinando monto podemos encontramos ante un incumplimiento esencial de la prestación que traiga como consecuencia la resolución por incumplimiento.

Dentro de la doctrina, se ha discutido mucho sobre dos conceptos que pueden parecer confusos, pero que están muy vinculados: (i) la tutela contra el incumplimiento o pena privada y (ii) la tutela resarcitoria.

La pena privada está pensada para fijar una sanción de índole civil o privada a un comportamiento que el ordenamiento reprueba y desea desincentivar, por otra parte, la tutela resarcitoria es un medio de defensa contra que el ordenamiento jurídico concede a una de las partes como forma de protección contra el daño injusto y se materializa en la obligación de resarcimiento a cargo de quien sea declarado responsable.

La cláusula penal tiene una diferencia de la tutela resarcitoria por la presencia del elemento “daño”, pus ésta se basa en sólo el mero incumplimiento imputable de la obligación asegurada con la penalidad, algo totalmente ajeno a la tutela resarcitoria.

El pago de las penalidades no busca restituir el “status quo” alterado por la conducta dañosa, cuando se paga penalidad, no se ha “reparado” al acreedor, ni se han mitigado



los efectos del daño, estamos frente al desarrollo de un supuesto de hecho previsto: el incumplimiento imputable de una obligación asegurada.

Este concepto que lo podemos encontrar en el derecho común, ha sido recogido por parte de la doctrina del Derecho Administrativo, siendo que se aplica –para el caso peruano, con algunas particularidades.

En otras palabras, podemos afirmar que las sanciones que la administración puede aplicar como consecuencia de su poder de dirección y control en la ejecución de los contratos administrativos son de naturaleza contractual, distinta de las sanciones administrativas (que son por faltas a algún supuesto establecido por Ley) o Reglamento que puede imponer el Estado en ejercicio de sus facultades de policía.

Lo que se busca con este mecanismo, no es el castigo o punición al co-contratante por sus faltas sino asegurar la realización del servicio, de la obra o del suministro, o de la satisfacción de la necesidad pública comprometida. Es decir, la finalidad de la mismas no son “el castigo” sino por el contrario, el aseguramiento de que el contratista efectúe las prestaciones a las que se obligó por el contrato suscrito.

Las penalidades, de acuerdo a la doctrina más autorizada, constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual y ha sido discutida en sede doctrinal siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía de los intereses públicos, se atribuyen a la Administración contratante.

Es preciso citar que los contratos administrativos generan para el contratista dos obligaciones: la de realizar la prestación en el tiempo previsto, y la de entregar exactamente la prestación pactada. Correlativamente, el contratista puede incurrir en incumplimiento de los plazos que le son imputables o de la prestación objeto del contrato

4. PENALIDADES PREVISTAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Podemos efectuar el análisis más común de las penalidades en los contratos administrativos, en los Contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, las encontramos dentro del desarrollo del Artículo 132° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que señala:

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 132.- Penalidades

El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato



vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del presente título. Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso (...)

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

(Subrayado y negrilla agregados)

La legislación en materia de penalidad aplicadas por el estado ha surtido un cambio, en efecto la anterior normativa, señalaba que la penalidad era de aplicación automática; es decir, producido el retraso se, activa el mecanismo legal con el efecto punitivo, salvo que el contratista justifique oportunamente el retraso en el incumplimiento de la ejecución de las prestaciones, objeto del contrato. En caso contrario, la Entidad debe aplicar la penalidad sin lugar a otorgar derecho de explicación o defensa al contratista; a éste le corresponderá, repetimos, la justificación del retraso.

Sin embargo, el propio Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, señaló en la Opinión N° 064-2012-/DTN, que la normativa sobre penalidades establecidas, están pensados en el supuesto en que el contratista incumpla injustificadamente con la prestación.

Se puede afirmar –frente a este supuesto, que la cláusula penal, no regula un deber jurídico del contratista de ampliar el plazo contractual sino un **derecho potestativo de pedir la ampliación del plazo contractual**. El contratista decidirá pedir o no la ampliación. Si lo decide solicitar, luego deberá ejercer dicho derecho dentro de uno o de algunos de los casos establecidos en la norma: (i) Cuando se apruebe el adicional, siempre y cuando afecte el plazo; (ii) Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista; (iii) Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y (iv) Por caso fortuito o fuerza mayor.

Es decir, si bien la norma no lo regula taxativamente, se logra inferir que en los supuestos de “inimputabilidad de la culpa” en el caso de atrasos, incluye cuando ésta puede ser originaria –incluso, de la propia entidad.



Y es que existe un sector de la propia administración que se resiste a poder reconocer – expresamente, supuesto de “penalidades inversas”, es decir las penalidades –por lo normal, castigan al contratista y empoderan al Estado quien lo hace en búsqueda de una adecuada armonía contractual. Sin embargo, que podríamos pensar si estamos frente a un incumplimiento de la Entidad, no sería lógico que el Estado se ponga a la par de la relación con el contratista en mérito de la relación prestación – contraprestación, y se pueda castigar el incumplimiento imputable a la entidad pública.

Si bien la norma no lo reconoce tal cual, se puede interpretar que sí, sin embargo aún con ello existen una serie de candados que ponen en una situación de ventaja al Estado cuando estamos frente a un incumplimiento de este con el privado, al Estado no se le puede penalizar económicamente, sino que únicamente se puede obtener compensaciones de otro tipo.

Ahora bien, es paradójico que algunas entidades por leer “aplicación automática” de la penalidad, simplemente la aplicaban aún cuando pudiese haber de por medio un retraso justificado porque podría ser el caso ambas tuvieron un comportamiento contractual e intercambio de documentos (buena fe).

En tal sentido, es oportuno señalar lo establecido en los Artículos 1314° y 1315° del Código Civil, que establecen que el que actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso y que el caso fortuito o la fuerza mayor son causas no imputables, consistentes en eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, que impiden la ejecución de la obligación o determinan su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El hecho determinante de tercero y el hecho de la propia víctima (regulados por el Artículo 1972° del Código Civil), también se encuentran comprendidos en el concepto de “causa no imputable” como eximente de responsabilidad.

En todas sus manifestaciones, la causa no imputable se equipara siempre con un impedimento ajeno a la esfera de control del deudor que le impide cumplir con la prestación. El Artículo 1315° del Código Civil indica además que las características de toda causa no imputable son la extraordinariedad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad, características que como bien se ha señalado, no tienen que presentarse de manera conjunta, pues lo decisivo es que en el caso concreto se presente una circunstancia suficientemente determinante del incumplimiento a la que se le pueda reconocer con rigurosidad el efecto liberatorio.

De las características antes mencionadas, la irresistibilidad es la que más coherencia guarda con la idea de “causa no imputable”, desarrollada anteriormente. Así, se entiende a esta como: La causa no imputable cuyo acaecimiento extingue la obligación y libera de responsabilidad, debe ser tal, que contra ella no se pueda hacer nada, de manera que impida al deudor proceder de una forma que no resulte dañosa para el acreedor.



Es preciso tomar en consideración lo señalado por el OSCE en la Opinión N° 005-2014/DTN. En la cual señalaron que la aplicación de una penalidad por mora al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Haciendo énfasis en el término injustificado, como criterio fundamental para aplicar la penalidad.

Conforme se mencionó líneas arriba: y, en atención a lo establecido en la past normativa de Contrataciones del Estado, “En todos los casos, la penalidad por mora se aplicará automáticamente (...)”, y se deducirá de “(...) los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.”, conforme al primer párrafo del referido artículo.

Es decir, cuando el contratista se retrasa injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, en principio, corresponde a la Entidad aplicarle la penalidad por mora; para tal efecto, debe deducir del pago a cuenta o pago final y/o liquidación final del contrato o de ser necesario del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta, el monto correspondiente a la penalidad por mora.

Sin perjuicio de ello, el OSCE había señalado que debe precisarse que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobado por no verificarse ninguna de las causales previstas en el Reglamento: Past normativa: Artículo 175° para el caso de bienes y servicios, y Artículo 200° para el caso de obras.

Es decir, el OSCE había expresado que corresponde al Contratista la carga de solicitar una ampliación de plazo como único supuesto válido de retraso justificado, aun cuando pudiese ser que el retraso provenga de la propia entidad.

En tal sentido, en la past normativa de Contrataciones del Estado, particularmente en el segundo párrafo del Artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y el primer párrafo del Artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se habían establecido los plazos y procedimiento para la solicitud de ampliación de plazo contractual por parte del contratista, así como para que la Entidad resuelva tal solicitud.

Sin embargo, la normativa vigente de Contrataciones del Estado ha señalado que:



Artículo 140.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos: 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado. 2. Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista. El contratista debe solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización (...).

Es necesario precisar que, el OSCE ha señalado que mientras en el caso de bienes y servicios para que el contratista pueda solicitar la ampliación del plazo contractual la aprobación del adicional debe habersele notificado o el hecho o evento generador del atraso o paralización debe haber cesado, siendo que este último supuesto puede ocurrir con anterioridad o posterioridad al término del plazo originalmente pactado sin que ello dependa de la voluntad del contratista; en el caso de obras, el contratista necesariamente debe presentar su solicitud antes del vencimiento del plazo originalmente pactado en el contrato, sea que el hecho o evento generador del atraso o paralización supere o no el vencimiento de dicho plazo.

Si bien la normativa dispone que la penalidad por mora se aplica automáticamente, la Entidad debe verificar si el contratista se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no; para lo cual, la Entidad debe resolver las solicitudes de ampliación de plazo que se hubieran presentado, previamente a efectuar el pago respectivo. Esto último debido a que el monto de la penalidad por mora debe deducirse de los pagos a cuenta, o del pago final, o en la liquidación final del contrato, según corresponda en cada caso.

Por tanto, cuando la Entidad resuelva en el sentido de aprobar la ampliación del plazo contractual y siempre que la ejecución de la prestación se haya cumplido dentro de dicho plazo, no aplicará la penalidad por mora; de lo contrario, deberá deducir el monto de la penalidad por mora de los pagos a cuenta, o del pago final, o en la liquidación final, o de ser necesario del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta, según corresponda.

En este orden de ideas, el vencimiento del plazo de ejecución de la prestación originalmente pactado en el contrato no determina por sí solo la aplicación de la penalidad por mora, sino que previamente a efectuar el pago respectivo, deben resolverse las solicitudes de ampliación de plazo que se hubieran presentado, a fin de determinar si el contratista se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de dicha prestación o no.

Como podemos advertir, en la anterior normativa tanto la Legislación en Contrataciones del Estado como el OSCE a través de sus pronunciamientos han concluido que la penalidad por mora se aplica de forma automática, sin mediar causa o justificación en contrario, siendo que la única posibilidad que amerite una inaplicación de las



penalizaciones, es cuando el contratista hubiese solicitado oportunamente una ampliación de plazo.

Sin embargo, podemos advertir que con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es imputable la penalidad por mora siempre que no hubiese un hecho determinante de por medio.

La misma lógica ocurre en otros contratos administrativos (en materia de promoción de la inversión privada), en donde se penalizan los incumplimientos del inversionista, pero no se menciona o si se hace es bastante poco, sobre los posibles incumplimientos del Estado,

En efecto, según lo ha señalado Moraga, los contratos administrativos, deberían culminar por el cumplimiento de su objeto, ya sea la construcción de una obra pública encargada o la prestación de un servicio público o la satisfacción de la Administración. La terminación de un contrato administrativo comprende la realización de una serie de actos materiales y jurídicos, que verifican el exacto e íntegro cumplimiento de las obligaciones asumidas. Por otra parte, Mestre Delgado ha señalado que la extinción de la relación contractual de concesión (de bienes o servicios públicos), bien puede tener como preámbulo, el acuerdo de las partes en la terminación de la relación, por razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. Dentro de ello vemos se hace referencia al cumplimiento de las obligaciones (fin del contrato), siendo necesario para que ello se lleva a cabo un comportamiento diligente de las partes.

5. BUENA FE DEL CONTRATISTA

Dentro de todos los Contratos, las partes de comportan en observancia de la Legislación vigente, en este caso, vamos a citar lo señalado por los Artículos 141º, 168º y 1362º del Código Civil, relacionados directamente con la confianza entablada por las partes.

CÓDIGO CIVIL PERUANO

Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Artículo 168.- *El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*



Artículo 1362.- *Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*

Ahora bien tomando en cuenta ello, vamos a poner un ejemplo de forma ilustrativa, la Empresa X, dedicada a la confección de uniformes profesionales, ganó una licitación para proveer de uniformes profesionales a una Entidad estatal. Dicho contrato celebrado prevé un periodo de toma de muestras de tallas del personal de la entidad (comprendido dentro de la ejecución contractual como paso previo a la confección a medida), una vez culminado dicho periodo, previa conformidad de la entidad, se entregarán los uniformes profesionales.

En nuestro ejemplo, la Empresa X presentó oportunamente las muestras solicitadas, sin embargo por observaciones de la entidad, el periodo para la aprobación de las muestras fue mayor al plazo establecido para éste en el contrato, como la Empresa X y la Entidad se encontraban en constante comunicación, la empresa –de buena fe, no solicitó ampliación de plazo alguna, toda vez que en ningún momento se cortó la comunicación entre las partes, entregando los uniformes profesionales con la demora del caso que fue generada por la entidad en el momento de la aprobación de las muestras.

En mérito a normativa de contrataciones del Estado, la Entidad aplicó la penalidad del caso, generándose un perjuicio económico en contra de la Empresa X.

Ante este ejemplo, es preciso mencionar que la Ley de Contrataciones del Estado considera la buena fe o el principio de Moralidad es el fundamento de la confianza.

b) Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

Asimismo, el intérprete está llamado a indagar el llamado “valor resultado” como punto de vista de interpretación de las declaraciones jurídico negociales:

“El «porqué» de la declaración determina, en la medida en que se deduzca de la declaración, el fin al cual la interpretación debe encaminarse. La pregunta sobre el «porqué» ha de hacerse respecto de la declaración como tipo, por qué «uno» emite una declaración semejante. El «porqué» puede, empero, resultar de particulares circunstancias de la declaración. El «valor resultado» consiste en juzgar bien el fin –o podría decirse también: el interés- que haya resultado de la pregunta sobre el «porqué». Siempre ha de tenerse en cuenta que de lo que se trata es de interpretar el negocio tal como éste ha sido celebrado y que el intérprete, por razón del ‘valor de resultado’ que él aprecie en consideración a los intereses y sin atender al negocio, no puede ‘imponer’ al negocio un sentido que el mismo no posea”.

Lo anterior significa que en la interpretación deberá tomarse en consideración “los acontecimientos y situaciones que puedan determinar el sentido de una declaración, por ejemplo, la conducta global de las personas participantes en el negocio, sus manifestaciones en las negociaciones contractuales –de ellas también forman parte los



prospectos, catálogos, listas de precios que una parte haya hecho llegar a la otra- el fin del negocio perseguido por una de las partes y que haya sido expresamente manifestado o que sea evidente por su declaración”.

Si bien cierto, estamos frente a un Contrato celebrado en el marco de las Leyes de Derecho Público, hemos indicado también que es necesario remitirnos supletoriamente a las normas de Derecho Privado, en mérito a ello, el segundo párrafo del Artículo 1361° debe ser interpretado sistemáticamente con el Artículo 1362° del Código Civil señala que la intención común de las partes está expresada no solo en el sentido textual de las cláusulas sino en el contexto en que se negocia, se celebra y ejecuta un contrato; y en el comportamiento global de las partes. Entonces, el sentido literal de las cláusulas está subordinado al contexto y al comportamiento en las negociaciones, en la celebración y en la ejecución del contrato. En el caso concreto, las partes ejecutaron el Contrato en el marco de los términos y los plazos establecidos en los procedimientos pactados en el contrato y en observancia de las reglas de la buena fe.

Es decir, en nuestro caso hipotético, sin bien es cierto la empresa LAVV ha incurrido en penalidad por mora, ésta actuó dentro de las reglas de la buena fe y con un contexto donde la demora fue generada por una serie de actos de la propia entidad, por ello consideramos que la penalidad por mora – que está dentro de la Cláusula Penal del Contrato, viene a ser inaplicable, aun cuando la norma en Contrataciones del Estado y los pronunciamientos del OSCE, han señalado que es carga del contratista solicitar la ampliación de plazo correspondiente.

Sin perjuicio de ello, es necesario señalado que una eventual aplicación de la Cláusula Penal en nuestra ejemplo, constituiría una aplicación abusiva y vulneraría el principio de proporcionalidad que comporta el equilibrio de prestaciones que forma parte de la esencia misma de todo contrato . Es preciso acotar los Fundamentos establecidos en los numerales 20 y 21 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05311-2007-PA/TC-Lima, en donde el máximo interprete constitucional precisa con una gran exactitud que el ejercicio abusivo de un derecho lesiona el derecho fundamental de la libre contratación que se encuentra establecido en el numeral 14 del Artículo 2° de la Constitución Política:

“20). Los suscritos Magistrados estamos plenamente convencidos que aún cuando las partes que participan de una relación contractual tienen la plena y absoluta capacidad para negociar de la forma más adecuada a sus intereses, ello no significa que dicho proceso de negociación resulte lesivo a los derechos fundamentales o a los bienes jurídicos de relevancia. Ni por la forma en que se negocia ni por el resultado en que se concluye, es pues aceptable que una relación contractual devenga en contraria a las finalidades u objetivos que persigue la Constitución.



21). **Tampoco ni mucho menos puede aceptarse que porque una de las partes haya convenido en forma tácita o expresa que una determinada obligación le resulta plenamente vinculante, aquella se torne absolutamente indiscutible, pues al margen de que su contenido incida o no en temas de estricta constitucionalidad, no puede convalidarse que el ejercicio de un derecho fundamental (en este caso la libertad de contratación) se instrumentalice de tal manera que se convierta en una fuente legitimadora de los excesos.** *Nuestra Constitución ha sido terminante en proscribir el abuso del derecho de acuerdo con la previsión contenida en el último párrafo de su Artículo 103º, tesis que como es obvio, no solo debe entenderse como proyectada sobre el ámbito de los derechos subjetivos de orden legal, sino incluso sobre el de los propios derechos fundamentales, los que para ser correcta o legítimamente ejercidos no pueden desvirtuar las finalidades previstas para ellos desde la propia Constitución”.*

(Subrayado y negrilla agregados)

Es decir, la aplicación de la Cláusula Penal, en concordancia con las normas de Contrataciones del Estado, encuentra su límite en la buena fe del Contratista, cuando es por causa atribuible a un comportamiento generado por la propia Entidad.

6. CONCLUSIONES

La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento han establecido que la aplicación de la penalidad por mora se genera de forma automática, siempre y cuando medie de por medio una razón o causa injustificada, en cuyo caso el Contratista tiene la carga de solicitar una ampliación de plazo de acuerdo al procedimiento y plazo oportuno que establece la Ley.

Cuando nos encontramos frente al supuesto que el Contratista ha incurrido en penalidad producto de una serie de hechos que no lo son imputables, en el cual el contratista ha actuado de buena fe –dentro de un contexto y actos generadores que explican ello, no es posible aplicar la penalidad automática, toda vez que al Contratista le asiste un Derecho que por Ley ya ha sido reconocido, incluso por el Tribunal Constitucional cuando hace referencia a la inaplicación de Cláusulas abusivas.

7. REFERENCIAS

ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro **“Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado”** Volumen 2. Ediciones Marketing Consultores, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos, **El Contrato administrativo**, Tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.



CASSAGNE, Juan Carlos, **Curso de Derecho Administrativo**, Tomo II. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, 2011.

CABRILLAC, Rémy, "Derechos fundamentales y noción de Contrato (Una aproximación de Derecho Privado)", en Revista **Jurídica Thomson Reuters**, Lima, Año II, N° 58, Lima, 2014.

FLUME, Werner, El negocio jurídico, trad. de la 4ª. ed. alemana por José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, **Tratado de Derecho Administrativo**, Volumen II, Décimo tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

FERNANDEZ CRUZ, Gastón "La Clausula Penal: Tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitoria", **ARA EDITORES**, 2017.

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio. Las obligaciones de las partes y su cumplimiento en los contratos administrativo, en **Contratación Pública**, Tomo 1, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006.

IRTI, Natalino, Introducción al estudio del derecho privado, **Traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León**, Primera edición en castellano de la 4.a reimpresión de la 4.a edición (1990) italiana, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003.

MARTIN TIRADO, Richard. "La Naturaleza del Contrato Estatal", en Revista **Peruana de Derecho Administrativo Económico**, Editorial Grijley, Lima, 2006.

NALLAR, Daniel "Potestades y prerrogativas en materia de contratos administrativo". en **Contratación Pública**, Tomo 1, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario "Obligaciones con Clausula Penal" : <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf>

VILLARRUEL, María Susana "El rescate en los contratos administrativos", en **Tratado General de los Contratos Públicos**, Tomo III, CASSAGNE, Juan Carlos – Director, Buenos Aires, 2013.