

# El pago en las contrataciones públicas: Interpretación para un requisito reglamentario ambiguo

Carlos Baldeón Miranda [1]

## I. Introducción y relevancia del tema

Uno de los grandes problemas de nuestro sistema de contratación pública tiene que ver con el pago por las prestaciones recibidas. Para ser más precisos, con la falta de pago de las entidades. En algunos casos se presentan retrasos y en otros simplemente una negativa por *"falta de condiciones"* para ello.

Si bien este problema podría tener su origen en una mala gestión pública, lo cierto es que la normativa vigente no es clara en cuanto a los requisitos para la procedencia del pago. Este hecho no hace sino generar incertidumbre jurídica, pero además de ello fomenta actuaciones estatales poco predecibles.

La Ley de Contrataciones del Estado vigente [2] ("Ley") señala que el pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, mientras que su Reglamento [3] establece que para el pago se requiere la Conformidad de la prestación, pero agrega además que ello se dará *"siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello"*.

¿A qué condiciones se refiere? ¿No basta entonces con la Conformidad de la prestación para que proceda el pago? Estas son solo algunas de las interrogantes que quedan en el aire y cuya falta de claridad perjudican a nuestro sistema de contratación pública. Siendo el pago un aspecto fundamental, se requiere demostrar que dicho sistema funciona y que no generará pérdida de recursos. Nos enfocaremos entonces en el pago de bienes y servicios.

## II. Requisitos para el pago según la Ley

Las reglas para el pago se encuentran previstas en el artículo 39° de la Ley: *"el pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación"*. Sin más requisitos o condiciones adicionales. Esto, ciertamente, es concordante con el artículo 1220 del

Código Civil, según el cual el pago se entiende efectuado *“solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación”*.

La entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas dentro de los diez (10) días calendario siguientes de otorgada la Conformidad de los bienes y servicios en general, regla precisada en el numeral 171.1 del Reglamento.

La Conformidad de la prestación es el acto por medio del cual cierto órgano de la entidad otorga su aprobación a la ejecución de la prestación del contratista, conforme al contrato suscrito.

Sin embargo, el numeral 171.1 del Reglamento establece -adicionalmente- un nuevo requisito condicionante para el pago, lo cual será analizado en el siguiente numeral.

### **III. El Reglamento va más allá de la Ley**

El numeral 171.1 del Reglamento establece que la entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los diez (10) días calendario siguientes de otorgada la Conformidad de los bienes y servicios, *“siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello, bajo responsabilidad del funcionario competente”*.

Es decir, el Reglamento establece un segundo requisito no previsto inicialmente en la Ley. Como vimos, esta última exige únicamente que se ejecute la prestación, lo cual se manifiesta a través de la emisión de la Conformidad. Pues bien, el numeral 171.1 exige, además, una verificación de condiciones contractuales como requisito para el pago respectivo.

Lo primero: un reglamento no puede ir más allá de los términos de la ley y menos aún debería desnaturalizarla. El Tribunal Constitucional ha sido muy claro: *“la fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta por antonomasia en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla (...) [4]”*.

En el presente caso, el Reglamento está incorporando un segundo requisito para la procedencia del pago que no ha sido previsto en la Ley. Sin perjuicio de ello, dicha norma ya forma parte del ordenamiento y, por lo tanto, debe ser aplicada en las contrataciones estatales. Siendo ello así, surge una cuestión difícil de responder: la

forma en que debe interpretarse dicha disposición reglamentaria que se erige como un segundo requisito condicionante para el pago.

Algunas dudas al respecto:

1. ¿A qué condiciones del contrato se refiere?
2. ¿Tales condiciones están vinculadas al servicio prestado?
3. De ser así, ¿qué objeto tiene entonces otorgar la Conformidad de la prestación?

Habiendo revisado la Exposición de Motivos del Reglamento, no hemos encontrado respuestas a tales interrogantes.

#### **IV. ¿Qué opina el OSCE al respecto?**

La Dirección Técnico Normativa ("DTN") del OSCE establece los criterios técnicos legales sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado. En esa línea, emite Opiniones absolviendo consultas formuladas por entidades públicas, privadas y por la sociedad civil, sobre determinada cuestión interpretativa de la normativa.

Mediante la Opinión N° 214-2018/DTN, la DTN ha señalado que *"la normativa de contrataciones del Estado supedita la realización del pago a la emisión de la Conformidad por parte de la entidad, no siendo posible efectuar el pago si previamente no se ha cumplido con dicha condición. De esta manera, a través de la emisión de la Conformidad, puede considerarse que una prestación ha sido ejecutada según los términos contractuales aplicables y -en consecuencia- generarse el derecho al pago"*. Del mismo modo, según la Opinión N° 202-2018/DTN, *"efectuado dicha Conformidad, y dentro de los quince [5] días calendario siguientes a la misma, corresponde a la entidad efectuar el pago (...) siendo dicha actividad una obligación esencial a cargo de la entidad"*.

Como se puede apreciar, si bien la DTN no se pronuncia sobre el segundo requisito reglamentario (verificación de las condiciones del contrato), sí precisa que el derecho al pago se genera con la emisión de la Conformidad de la prestación. Es decir, parecería ser que la DTN entiende que el pago no está sujeto a condiciones adicionales distintas a la obtención de la Conformidad.

## **V. Nuestra interpretación**

Consideramos que el Reglamento ha incluido indebidamente un requisito para el pago no previsto en la Ley. Independientemente de que ello es contrario al ordenamiento, lo cierto es que, a la fecha, las entidades pueden exigir que se cumplan dos supuestos para proceder con el pago correspondiente: i) que se emita la Conformidad de la prestación, y, ii) que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello. Pero ¿qué se entiende por esto último? A continuación, ensayaremos una posible interpretación sobre dicho requisito contenido en el numeral 171.1 del Reglamento vigente a la fecha.

El primer requisito para el pago es -como ya mencionamos- la obtención de la Conformidad de la prestación, lo cual implica una previa verificación del área técnica o usuaria sobre el cumplimiento de la calidad y/o cantidad ofrecida respecto a los bienes y servicios. Es decir, se trata de una verificación estrictamente relacionada con la prestación brindada por el contratista en mérito del contrato suscrito con la entidad.

Pues bien, si este primer requisito de la Conformidad está referido a la comprobación de la prestación realizada por el contratista en atención a sus obligaciones contractuales, es evidente que el segundo requisito que exige que se *“verifiquen las condiciones establecidas en el contrato”* no puede tener relación directa con la prestación efectuada. Es decir, no tiene que ver con la calidad o cantidad del bien o del servicio brindado, dado que de eso se encarga la Conformidad de la prestación. Siendo ello así, ¿con qué tiene que ver entonces la verificación de las condiciones establecidas en el contrato?

Nuestra lectura del segundo requisito es que se está obligando a la entidad a realizar verificaciones complementarias, como por ejemplo las siguientes: que se haya emitido la Conformidad; que el contratista haya presentado el comprobante de pago correspondiente, (facturas o recibo de honorarios); que se cuente con las guías de internamiento, en el caso de bienes; tratándose de consorcios, que el contrato de consorcio haya sido debidamente formalizado, respetándose los porcentajes y obligaciones de los miembros; entre otras condiciones que las Bases, términos de referencia o el propio contrato exijan y que sean distintas a la prestación específica.

En otras palabras, las verificaciones a las que alude el segundo requisito establecido en el Reglamento estarían dirigidas a comprobar el cumplimiento de algunas

condiciones distintas a la prestación misma, como podrían ser los aspectos formales descritos en el párrafo anterior.

Si bien el OSCE podría tener una interpretación distinta a la indicada anteriormente, lo cierto es que no tenemos conocimiento de alguna Opinión emitida por la DTN que precise el sentido del segundo requisito para el pago, establecido en el numeral 171.1 del Reglamento.

#### **VI. Cuestión final: sobre la necesidad de un criterio interpretativo uniforme**

Un tema particularmente problemático que genera la falta de claridad del numeral 171.1 está vinculado a los incentivos negativos que podría generar esta ambigüedad. Un texto normativo tan genérico como enigmático podría generar actuaciones arbitrarias o -cuando menos- excesivamente discrecionales.

Si a ello sumamos que cada entidad contratante de la totalidad del aparato estatal puede darle un sentido distinto a dicho numeral, tenemos entonces no solo un problema de falta de predictibilidad en la secuencia de pago, sino también de posibles actuaciones de mala fe o poco transparentes durante la ejecución contractual.

Por ejemplo, luego de otorgar la Conformidad de la prestación, una entidad podría rehusarse a efectuar el pago al amparo del numeral 171.1 del Reglamento ya que, a su criterio, no se habrían verificado todas las condiciones para pagar. Peor aún, si luego de emitida la Conformidad de la prestación a favor del contratista existe un espacio para negarse al pago, desaparecen entonces los incentivos para realizar evaluaciones diligentes y rigurosas de cara a emitir la referida Conformidad. A mayor discrecionalidad, menos seguridad jurídica.

#### **VII. Conclusiones**

Sobre la base de lo anterior, nuestras conclusiones son las siguientes:

1. La Ley establece básicamente un requisito para el pago: que se ejecute la respectiva prestación. Según el Reglamento, ello se verifica con la emisión de la Conformidad de la prestación.

2. El numeral 171.1 del Reglamento va más allá de la Ley, ya que establece un segundo requisito condicionante para el pago: *"siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello"*. No hemos identificado Opiniones de la DTN que interpreten el sentido de este segundo requisito.
3. Nuestra interpretación es que tales condiciones no están referidas directamente a la prestación materia del contrato (calidad o cantidad, según sea el caso), ya que para eso existe la Conformidad del bien o servicio. Desde nuestra perspectiva, tales condiciones están vinculadas más bien a cuestiones meramente formales que las Bases, términos de referencia o el mismo contrato exigen para que proceda el pago correspondiente.
4. Existe una imperiosa necesidad de uniformizar las reglas para el pago, o cuando menos, de aclarar la disposición reglamentaria establecida en el numeral 171.1. Dejar que cada entidad la interprete según su propia discreción no hace sino promover actuaciones impredecibles y/o de mala fe.

Esperamos que las futuras reformas corrijan o aclaren los requisitos específicos para el pago. De lo contrario, esta falta de claridad podría generar que los postores castiguen el riesgo de pago en su oferta económica. Esto, ciertamente, es pernicioso para el sistema, y por lo mismo, debe ser evitado.

\* \* \*

#### **Referencias:**

[1] Abogado graduado por la Universidad de Lima. Master en Regulación (M.Sc.) por The London School of Economics and Political Science. Asociado Senior del área Regulatorio-Administrativa del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. [2] Ley 30225, cuyo TULO es aprobado por Decreto Supremo 82-2019-EF. [3] Decreto Supremo 344-2018-EF. [4] Sentencia recaída en el Expediente 1907-2003-AA/TC. [5] Actualmente la norma indica diez (10) días calendario.