

OPINIÓN N° 164-2018/DTN

Entidad: Gobierno Regional de Apurímac- Sede central

Asunto: Reconocimiento en conciliación o arbitraje de una suma determinada al contratista por prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de la nulidad de oficio.

Referencia: Carta S/N de 03.SEP.2018

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Procurador Público Regional del Gobierno Regional de Apurímac consulta sobre la posibilidad de que, en una conciliación o arbitraje, se le reconozca una suma determinada al contratista por prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de la nulidad de oficio.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la "Ley" y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el "Reglamento").

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

De manera previa, debe indicarse que, con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 -que modifica la Ley N° 30225- y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF -que modifica el Decreto Supremo N° 350-2015-EF-, cuyas disposiciones son de aplicación a partir de la fecha mencionada salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados con anterioridad a ella, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

En esa medida, tomando en cuenta que de la revisión de los antecedentes de la solicitud se infiere que las consultas se encuentran referidas a la aplicación de la Ley N° 30225 y del Decreto Supremo N° 350-2015-EF después de la entrada en vigencia de sus modificatorias, el análisis de la presente opinión se efectuará en virtud de la normativa de contrataciones del Estado actualmente vigente.

¹ De acuerdo a lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1341.

2.1 ***“Si de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado- Ley n° 30225 y su Reglamento es posible para una Entidad Pública reconocer, ya sea mediante conciliación o arbitraje, en beneficio de un contratista una suma determinada por las prestaciones que realizaron con anterioridad a la emisión de la resolución administrativa con la que se declara nulo de oficio su contrato de ejecución de obra al haberse determinado en fiscalización posterior que transgredieron el principio de presunción de veracidad y principio de moralidad”.***

2.1.1 En primer término se debe tener claro que un contrato nulo es aquel que adolece de un defecto de origen, pues se ha formado en transgresión de aquellas normas superiores a las que está sometido². Por esta razón, un contrato nulo es también ineficaz, es decir, no tiene la capacidad de generar obligaciones entre las partes³.

Dicho esto, de acuerdo al literal b) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, luego de haberse celebrado el contrato, una Entidad tiene la potestad de declarar la nulidad del mismo *“cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo”*.

En esa línea de ideas, el contrato en ejecución que ha sido declarado nulo por la Entidad será ineficaz desde el momento de su formación y no solo desde que se dictó el acto que declara la nulidad. Por tanto, respecto de dicho contrato, no solo devienen en inexigibles las obligaciones pendientes de ejecución, sino que también deben considerarse como inexistentes- desde el punto de vista jurídico -las prestaciones ya ejecutadas entre las partes.

Bajo esta consideración, cuando un contrato ha sido declarado nulo, la Entidad no tiene la obligación de reconocer una suma determinada en concepto de pago por las prestaciones ejecutadas, pues se debe entender que dicha obligación, al haber nacido de un contrato formado en transgresión de normas superiores, no tiene eficacia jurídica

2.1.2. Ahora, si bien la Entidad no puede reconocerle al contratista una suma de dinero en concepto de pago por las prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de nulidad de un contrato⁴, es necesario anotar también que sí podría reconocer una suma a modo de indemnización en caso se haya configurado un enriquecimiento sin causa.

² Así, ESCOBAR GIL, citado por MORON URBINA señala que la nulidad de contratos *“(…) es una potestad que le permite a las entidades públicas extinguir el vínculo jurídico, cuando se presenta una causal de nulidad absoluta en su forma o celebración, en forma tal que constituye una sanción que el ordenamiento positivo contempla por la transgresión de normas superiores a las que está sometido”*. MORON URBINA, Juan Carlos. La Contratación Estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado. Gaceta Jurídica.2016.Pag.718.

³ Es importante señalar que una de las características principales de los contratos sujetos a la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado es que estos involucran prestaciones recíprocas. En ese sentido, si bien es obligación del proveedor ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad, es también obligación de la Entidad cumplir con las obligaciones que ha asumido; entre estas, el pago de la respectiva contraprestación al contratista.

⁴ Cabe precisar que el monto reconocido no podría ser considerado como pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída; ni tampoco en términos presupuestales, pues en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado.

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente: “(...) *nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido –aún sin contrato válido– un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, **hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles**. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente.*” (El resaltado es agregado).

Dicho esto, en el marco de las contrataciones del Estado para que se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato, contrato complementario, o la autorización correspondiente para la ejecución de prestaciones adicionales; y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor⁵.

Así, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1954 del Código Civil⁶, el proveedor que- sin causa jurídica válida- ha ejecutado prestaciones en favor de la Entidad, podría solicitar ante la vía correspondiente el reconocimiento de una suma determinada alegando la configuración de un enriquecimiento sin causa en beneficio de la Entidad.

2.1.3 De otra parte, se debe anotar que la Ley de contrataciones del Estado establece qué materias son controvertibles durante la ejecución contractual y cuáles son los medios idóneos para resolverlas⁷.

Así, el tercer párrafo del numeral 45.1⁸ del artículo 45 de la Ley, indica que las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos

⁵ De acuerdo a lo desarrollado en diversas opiniones, tales como: Opinión N°37-2017/DTN, 100-2017/DTN y 112-2018/DTN.

⁶ Código Civil, Artículo 1954° “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”

⁷ Según el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado los medios de solución de controversia durante la ejecución contractual son la conciliación, el arbitraje y la junta de resolución de disputas.

⁸ Artículo 45, numeral 45.1, tercer párrafo “ (...) **Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa** o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, **no pueden ser sometidas a conciliación arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo**” (el subrayado es agregado).

en la Ley o el Reglamento; correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial.

En virtud de ello, ni un acta de conciliación y tampoco un laudo arbitral podrían contener acuerdos o decisiones referidas al reconocimiento de una suma determinada en concepto de indemnización por haberse configurado un enriquecimiento sin causa, pues dicha materia, de acuerdo a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, solo puede ser conocida por el Poder Judicial.

- 2.1.4. De lo expuesto hasta aquí, se desprende que a un proveedor solo se le podría reconocer una suma determinada por las prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de la nulidad del contrato, cuando se haya configurado un enriquecimiento sin causa.

Siendo así, le corresponde al proveedor empobrecido exigir el reconocimiento de una indemnización cuando considere que se ha configurado un enriquecimiento sin causa en favor de la Entidad. Dicha pretensión debería reclamarla en principio directamente a la Entidad y, de no satisfacerla, ante el Poder Judicial.

Ante ello, cada Entidad deberá decidir si reconocerá las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que este interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante el Poder Judicial, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular la Entidad coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto

En virtud de ello, se concluye que únicamente habrían dos posibilidades en las que se le podría reconocer al proveedor una suma determinada en concepto de indemnización por la configuración de un enriquecimiento sin causa: i) cuando la Entidad lo haya decidido así, tras una evaluación de las particularidades del caso y sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan; o ii) cuando el Juez competente lo haya decidido, como resultado de un proceso judicial.

3 CONCLUSIONES

- 3.1 Cuando un contrato ha sido declarado nulo, la Entidad no tiene la obligación de reconocer una suma determinada en concepto de pago por las prestaciones ejecutadas, pues se debe entender que dicha obligación, al haber nacido de un contrato formado en transgresión de normas superiores, no tiene eficacia jurídica.
- 3.2 De acuerdo a lo establecido en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley, el proveedor que- sin causa jurídica válida- ha ejecutado prestaciones en favor de la Entidad, podría solicitar ante el poder judicial el reconocimiento de una suma determinada a *modo de indemnización* alegando la configuración de un enriquecimiento sin causa en beneficio de la Entidad.
- 3.3 Ni un acta de conciliación, ni tampoco un laudo arbitral, podrían contener acuerdos o decisiones referidas al reconocimiento de una suma determinada en concepto de indemnización por haberse configurado un enriquecimiento sin causa, pues dicha

materia, de acuerdo a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, solo puede ser conocida por el Poder Judicial.

Jesús María, 3 de octubre de 2018

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/.