

OPINIÓN N° 008-2023/DTN

Entidad: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – Provias Descentralizado

Asunto: Declaración de nulidad de los contratos

Referencia: Formulario S/N de fecha 25.NOV.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina de Administración del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – Provias Descentralizado, formula varias consultas respecto de la declaración de nulidad de los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado.

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 en términos genéricos y vinculadas entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N°30225 y sus modificatorias; así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N°2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguiente:

- 2.1. ***“¿Las causales de nulidad que aparecen en el segundo párrafo del numeral 44.2 del artículo 44 (literales “a” al “e”) son las únicas que pueden utilizarse para declarar la nulidad de un contrato suscrito entre una Entidad y un proveedor?” (Sic).***

2.1.1. De manera previa, es importante indicar que la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento establece que, “*En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado*”.

Sobre el particular, debe indicarse que la aplicación supletoria de normas implica la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente (norma supletoria)¹.

Aunado a ello, debe indicarse que la aplicación supletoria de una norma presupone un análisis de compatibilidad; es decir, debe realizarse un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si la naturaleza de ambas es semejante y, por tanto, si son normas compatibles.

En tal sentido, la aplicación supletoria de normas de derecho público o derecho privado a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado presupone realizar un análisis comparativo para determinar si estas normas resultan compatibles o no.

2.1.2. En virtud de lo expuesto, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, un contrato es un acuerdo de voluntades a través del cual tanto la Entidad como el proveedor buscan satisfacer su respectivo interés; en este aspecto no existe mayor diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados, salvo por el hecho que la Entidad representa el interés público y, por ende, goza de potestades especiales que le permiten, por ejemplo, —entre otros— declarar la nulidad de oficio de los contratos.

A esto, debe aunarse que mediante la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR, la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos precisa lo siguiente:

“55. El proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. Durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la Administración, pues también son considerados como administrados.

56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que

¹ Al respecto, Neves (1997) indica que por supletoriedad se entiende a la situación que implica la existencia de “(…) *la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada supletoria*”, las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión.

NEVES, J. (1997) Introducción al Derecho del Trabajo, Lima – Perú, Ara Editores, págs. 131 – 132.

*existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. **Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General.** (...)*". (El subrayado y resaltado son agregados).

Al respecto, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto las reglas específicas que se aplican a los contratos “administrativos”² celebrados por las Entidades Públicas con los proveedores, en el Capítulo IV del Título II de la Ley, “El Contrato y su Ejecución”, así como reglas específicas para la solución de controversias en el marco de dichos contratos en el Título III “Solución de controversias” y en el Título VI del Reglamento, “Ejecución Contractual”. Estas disposiciones tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se instauran entre las Entidades y los proveedores o contratistas, desde los requisitos y procedimiento para el perfeccionamiento de los contratos, hasta su culminación.

Teniendo claro lo anterior, corresponde señalar que el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece que “*Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza*”. Por tanto, las disposiciones del Código Civil son aplicables supletoriamente a los contratos celebrados por las Entidades con sus proveedores en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, en los aspectos que resulten compatibles.

Por consiguiente, y en concordancia con los criterios desarrollados en las Opiniones N° 130-2018/DTN, N° 107-2012/DTN y N° 081-2022/DTN, debe señalarse que **ante la ausencia o vacío de regulación de algún hecho o situación en** la normativa de contrataciones del Estado respecto de la ejecución contractual, deberá recurrirse, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que sean compatibles³.

2.1.3. Por otra parte, debe indicarse que la potestad⁴ para declarar la **nullidad de un contrato** se encuentra **regulada en** el numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley,

² Al respecto, Juan Carlos Cassagne indica que “*En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)*”. (El subrayado es agregado).

CASSAGNE, J.C. (2005) El Contrato Administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, pág. 21.

³ En relación con lo señalado, la Opinión N° 130-2018/DTN aclara que “*(...) la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regula la ejecución contractual, no afecta ni excluye —cuando corresponda— la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones internas que permiten a las Entidades expresar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado*”.

⁴ De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, el término “*potestad*” es definido como “(…)

estableciendo los supuestos en los que, pese a haberse celebrado un contrato e iniciado su ejecución, el Titular de la Entidad puede declarar de oficio su nulidad.

Aunado a ello, el numeral 44.5 del artículo 44 de la Ley establece que:

“Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considera en primer lugar las causales previstas en la presente Ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional”. (El énfasis y subrayado son agregados).

En relación con el arbitraje y la nulidad de los contratos celebrados al amparo de la Ley, el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley establece que *“**Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. (...) Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje**”.* (El énfasis y subrayado son agregados).

Como se aprecia, la Ley establece que los contratos celebrados bajo su amparo puedan ser declarados nulos, **luego de** haberse considerado las causales previstas en su numeral 44.3, por **causales reconocidas en el derecho nacional**, en este caso las causales previstas en el Código Civil —dado que dicho cuerpo normativo regula los actos jurídicos entre partes—, siendo en este último caso **competente** para dilucidar sobre la validez (la nulidad del contrato) **el árbitro único o el tribunal arbitral**.

Como se establece en el artículo 45 de la Ley, cualquiera de **las partes** puede someter a arbitraje las controversias relacionadas a la nulidad del contrato; siendo así, cuando la causal invocada para la declaración de nulidad de un contrato celebrado al amparo de la normativa de contrataciones del Estado sea alguna reconocida en el Código Civil, el órgano competente para pronunciarse sobre dicha nulidad, de acuerdo con lo establecido en el numeral 44.5 del artículo 44 de la Ley, será el árbitro único o el tribunal arbitral.

2.1.4. En conclusión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio de un contrato invocando alguna de las causales de nulidad establecidas en el numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley. Además, de acuerdo con lo establecido en el numeral 44.5 del artículo 44 de la Ley, es posible declarar la nulidad de un contrato —celebrado al amparo de la normativa de contrataciones del Estado— invocando alguna de las causales de nulidad previstas en el Código Civil, siendo, en este último caso, el órgano competente para dilucidar sobre dicha nulidad, el árbitro único o el tribunal arbitral.

2.2. *“Para declarar la nulidad de un contrato y en caso no se ubique la causal dentro de las previstas en el numeral 44.2 del artículo 44 (literales “a” al “e”) ¿resulta legalmente posible recurrir a las causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico previstas en los artículos 219 y 221 del Código Civil?”* (Sic).

facultad que se tiene sobre algo”; mientras que la segunda acepción del término “*facultad*” es “*Poder o derecho para hacer algo*”.

Como se señaló al absolver la consulta anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio de un contrato invocando alguna de las causales de nulidad establecidas en el numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley. Además, de acuerdo con lo establecido en el numeral 44.5 del artículo 44 de la Ley, es posible declarar la nulidad de un contrato —celebrado al amparo de la normativa de contrataciones del Estado— invocando alguna de las causales de nulidad previstas en el Código Civil, siendo, en este último caso, el órgano competente para dilucidar sobre dicha nulidad, el árbitro único o el tribunal arbitral.

2.3. “¿Resulta legalmente posible declarar la nulidad de un contrato cuando el contratista al momento de presentar sus documentos para perfeccionamiento del mismo, no hubiera cumplido con uno o más de los requisitos previstos en las bases integradas?”

2.3.1. De manera previa, corresponde señalar que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, **sin hacer alusión a situaciones o casos concretos**. En esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede, en vía de opinión, indicar si una situación en particular configura o no una causal para declarar la nulidad de un contrato, aspecto que debe ser definido a partir de la evaluación de los elementos que constituyen el caso materia de análisis.

En adición a lo anterior, es pertinente indicar que el correcto desarrollo de los procesos de contratación es responsabilidad del órgano encargado de las contrataciones, así como del Titular de la Entidad que, en cumplimiento de sus funciones en el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, tienen la obligación de hacer seguimiento y supervisar cada una de sus fases y actuaciones, incluyendo el perfeccionamiento del contrato; de tal forma, de producirse una situación que sea motivo para la declaración de nulidad de un contrato, se genera la obligación⁵ de la Entidad de efectuar el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar.

2.3.2. Realizadas las precisiones anteriores, debe indicarse que, el artículo 139 y el artículo 141 del Reglamento establecen los requisitos y el procedimiento y los plazos para perfeccionar el contrato, respectivamente, de tal manera que, no debería perfeccionarse un contrato y, en consecuencia, el contratista no podría iniciar con la ejecución de este, si es que no cumple con la presentación de todos los requisitos para tales efectos. En conclusión, un contrato celebrado al amparo de la normativa de contrataciones del Estado solo puede perfeccionarse (y tener validez) cumpliéndose con el procedimiento y los requisitos prescritos en los artículos 139 y 141 del Reglamento.

Ahora bien, el artículo 219 del Código Civil establece que los actos jurídicos son nulos:

“1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

⁵ De acuerdo con lo establecido en el numeral 44.4 del artículo 44 de la Ley.

- 3.- *Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4.- *Cuando su fin sea ilícito.*
- 5.- *Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6.- *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7.- *Cuando la ley lo declara nulo.*
- 8.- *En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.*

En relación con la última causal establecida en el artículo 219 del Código Civil, debe indicarse que el artículo V de su Título Preliminar establece que “*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público o a las buenas costumbres*”.

Al respecto, es pertinente señalar que la doctrina —a lo largo del tiempo— le ha dado contenido al concepto de “*orden público*”, pudiendo entenderse como una situación y estado de legalidad normal en la cual, las autoridades ejercen las atribuciones que les han sido otorgadas y los ciudadanos las respetan y obedecen sin oponer resistencia, siendo así, el contenido de orden público se concreta en el respeto a los derechos fundamentales, a las leyes y a los derechos de los demás⁶. Al respecto, Acedo Penco desarrolla lo que se conoce como orden público económico, haciendo referencia al ordenamiento de la economía impuesta por los poderes públicos del Estado con el principal efecto de limitar la libertad de contratación, así, evocando a De Castro, el autor señala que el orden público económico es “*(...) la exteriorización de los mandatos legales imperativos que se ponen en mano de la Administración para que mediante reglamentos o actos administrativos intervengan en la ordenación general de la economía del Estado*”, complementa esta idea evocando a Díez-Picazo señalando que este concepto (orden público económico) “*(...) incluye además de las actividades del Estado para ordenar económicamente la sociedad, las directrices básicas de la estructura y del sistema económico de cada momento histórico de esa comunidad, integran dentro de éstas los grandes principios económicos como son la propiedad privada, la conmutatividad del comercio jurídico, el principio de la buena fe y la moralización de las relaciones económicas, la iniciativa privada y la libertad económica, es decir, la regla de la libertad contractual pero limitada por una concepción social del Derecho*”⁷.

Como puede advertirse, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, los actos jurídicos carecen de validez cuando son constituidos contrariando el orden público, el cual —como lo ha desarrollado la doctrina—, desde el punto de vista económico, puede concebirse como aquel contexto contemplado en el ordenamiento jurídico que establece parámetros y limitaciones para la realización de las relaciones económicas entre las personas (sean estas de derecho público o privado). En consecuencia, un acto jurídico que haya sido celebrado sin observar el

⁶ Montalvo Abiol, J.C. (2010) *Concepto de orden público en las democracias contemporáneas*, España, RJUAM, n° 22, pp. 197-222.

⁷ Acedo Penco, A. (1996-1997) *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*, España, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, pp. 323-392.

cumplimiento del ordenamiento jurídico carecería de validez según lo establecido en el artículo 219 del Código Civil.

En conclusión, por lo establecido en el artículo 44.5 de la Ley, se podría declarar nulo el contrato, celebrado al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, por alguna de las causales de nulidad establecidas en el Código Civil, como en el caso de haberse perfeccionado incumpliendo los plazos y los requisitos previstos en el artículo 139 y 141 del Reglamento, siendo finalmente el árbitro único o el tribunal arbitral el órgano competente para dilucidar sobre dicha nulidad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio de un contrato invocando alguna de las causales de nulidad establecidas en el numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley. Además, de acuerdo con lo establecido en el numeral 44.5 del artículo 44 de la Ley, es posible declarar la nulidad de un contrato —celebrado al amparo de la normativa de contrataciones del Estado— invocando alguna de las causales de nulidad previstas en el Código Civil, siendo, en este último caso, el órgano competente para dilucidar sobre dicha nulidad, el árbitro único o el tribunal arbitral.
- 3.2. Por lo establecido en el artículo 44.5 de la Ley, se podría declarar nulo el contrato, celebrado al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, por alguna de las causales de nulidad establecidas en el Código Civil, como en el caso de haberse perfeccionado incumpliendo los plazos y los requisitos previstos en el artículo 139 y 141 del Reglamento, siendo finalmente el árbitro único o el tribunal arbitral el órgano competente para dilucidar sobre dicha nulidad.

Jesús María, 10 de diciembre de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS