

OPINIÓN N° 047-2019/DTN

Solicitante: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Asunto: Alcances generales sobre las figuras de declaratoria de nulidad del contrato e intervención económica de la obra

Referencia: Oficio N° 907-2019-JUS/SG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el secretario General del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos formula consultas relacionadas con las figuras de declaratoria de nulidad del contrato e la intervención económica de la obra.

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 n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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 Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “De concurrir supuestos tanto para declarar la nulidad del contrato como para la intervención económica de la obra ¿existe un orden de prioridad para optar por una u otra alternativa?”

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la potestad para declarar la nulidad de oficio de un contrato se encuentra regulada en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, el cual establece los

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

Al respecto, el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley establece que después de celebrados los contratos, la Entidad¹ puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos: “a) *Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato. // b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo. // c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación. // d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa. // e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato. // f) Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar. // g) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.”*

De esta manera, se aprecia que la normativa de contrataciones del Estado contempla la declaración de nulidad de contrato como una potestad y no como una obligación del Titular de la Entidad; por tanto, cuando se verifique la configuración de alguno de los supuestos regulados en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad debe realizar una evaluación del caso en concreto y -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato², considerando la finalidad pública que subyace a la contratación y que se busca satisfacer en el menor tiempo posible.

Sin perjuicio de ello, con independencia de si el Titular de la Entidad decide declarar la nulidad de contrato, o no, cuando se advierta la trasgresión del principio de presunción de veracidad³ durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, corresponde -de conformidad con el artículo 221 del Reglamento- comunicar tal hecho al Tribunal de Contrataciones del

¹ Cabe señalar que, de conformidad con el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley, la potestad del Titular de la Entidad de declarar de oficio la nulidad de un contrato es indelegable.

² Conforme se ha señalado en diversas Opiniones emitidas por el OSCE, entre ellas, en la Opinión N° 159-2017, la consecuencia de la declaración de nulidad, es la invalidez de los actos celebrados incumpliendo los requisitos y/o formalidades impuestos por la normativa de contrataciones del Estado, siendo considerados actos inexistentes e incapaces de producir efectos; en esa medida, la declaración de nulidad de un contrato determina su inexistencia y, por tanto, la inexigibilidad de las obligaciones previstas en éste.

³ En atención a la causal de nulidad aludida en el informe de la referencia.

Estado a efectos que evalúe la aplicación de una sanción por haberse cometido una infracción a la normativa de contrataciones del Estado⁴.

- 2.1.2. Por otro lado, en relación con la figura de “***Intervención Económica de la Obra***”, corresponde precisar que esta es una medida que le permite a las Entidades la participación directa en el manejo económico de una obra a través de la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista, con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato.

Sobre el particular el artículo 173 del Reglamento dispone que “*Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente. En caso de retraso injustificado, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordena al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra.*

Asimismo el artículo precitado señala que “*La falta de presentación de este calendario dentro del plazo señalado en el párrafo precedente puede ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato.*”

En ese sentido para que opere la intervención económica debe haberse constatado no solo que exista un retraso del contratista sino que dicho retraso sea injustificado, por lo que si se hubieran generado controversias respecto a ampliaciones de plazo pendientes de resolver, el presupuesto para una intervención económica de una obra no se configuraría hasta la resolución de las mismas y siempre que se declare injustificado el retraso del contratista.

Adicionalmente, el artículo 174 del Reglamento establece que “*La Entidad **puede**, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar a resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención sea consecuencia del incumplimiento del contratista”.* (El énfasis es agregado).

Como se advierte, una Entidad puede intervenir económicamente la obra como una medida orientada a culminar su ejecución y a evitar la resolución del contrato, cuando se configuran los supuestos que habilitan su aplicación; entre ellos, i) caso fortuito, ii) fuerza mayor, o iii) incumplimiento de las estipulaciones contractuales que -a juicio de la Entidad, debidamente sustentado- no permitan la terminación de los trabajos.

⁴ De acuerdo a lo señalado en los literales i) y j) del artículo 50 de la Ley.

Asimismo, a fin de aplicar de lo dispuesto en el artículo 174 del Reglamento, la Entidad debe observar, además, los supuestos y el procedimiento establecidos en la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE⁵ (en adelante, la “Directiva”), la cual regula la “Intervención Económica de la Obra”.

En ese contexto, de conformidad con el numeral 2) del acápite VI de la Directiva, la Entidad podrá intervenir económicamente una obra **cuando se presenten cualquiera de los siguientes casos**: “a) Si el contratista incumple con la presentación del calendario de avance de obra acelerado dentro de los siete (7) días siguientes de recibida la orden del Inspector o Supervisor de la Obra, la que se emite cuando el monto de valorización acumulada a una fecha determinada resulte menor que el ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a esa misma fecha.// b) Si el monto de la valorización acumulada resulta menor que el ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada del calendario de avance de obra acelerado y que la Entidad prefiera, por razones de orden técnico y económico, la intervención en vez de la resolución del contrato⁶. // c) De oficio o a solicitud de parte en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de la obra de acuerdo con el expediente técnico y en forma oportuna.

Así, ante la configuración de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 174 del Reglamento y en la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE, la Entidad puede decidir intervenir económicamente la obra conforme a lo dispuesto en dichos dispositivos, con el propósito de concluir la ejecución de la misma sin llegar al punto de resolver el contrato; lo cual obedece a una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, que responde a consideraciones técnicas y económicas, según el contexto en particular, para lo cual debiera contar con un equipo de profesionales calificados para el efecto.

Cabe reiterar que la intervención económica tiene como presupuesto el retraso injustificado del contratista, por tanto, si existieran controversias pendientes de resolver, no podría decidirse una intervención económica si no se ha declarado el retraso injustificado del contratista.

- 2.1.3. Por lo expuesto, se advierte que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado no existe un “orden de prioridad” para que las Entidades decidan optar entre la “*declaratoria de nulidad de oficio del contrato*” o la “*intervención económica de la obra*”, toda vez que dichas figuras constituyen medidas distintas entre sí, que las Entidades **pueden** adoptar, o no -bajo una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad-, ante la configuración de alguno de los supuestos establecidos en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, o en el artículo 174 del Reglamento y en la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE, respectivamente.

2.2. “¿Cuáles son los aspectos o lineamientos que la Entidad debe tomar en cuenta para decidir si opta por la nulidad del contrato o por la intervención económica de la obra?”

⁵ Aprobada mediante Resolución N° 010-2003-CONSUCODE/PRE, del 15 de enero de 2003.

⁶ De conformidad con el citado dispositivo, se entiende por “*calendario de avance de obra acelerado*” al documento en el que consta la nueva programación mensual valorizada de la ejecución de la obra contratada en el que se contempla la aceleración de los trabajos, emitido como consecuencia de las demoras injustificadas en la ejecución de la obra.

En la línea de lo expuesto al absolver la consulta anterior, resulta oportuno reiterar que la “*declaratoria de nulidad de oficio del contrato*” y la “*intervención económica de la obra*” **constituyen medidas distintas entre sí**; razón por la cual, corresponde a la propia Entidad realizar una evaluación del caso en concreto y -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- determinar si ejerce, o no, la facultad de emplear alguna de las mencionadas figuras, para lo cual deberá observar lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley y 122 del Reglamento, que regulan la nulidad del contrato, o el artículo 174 del Reglamento y la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE, aplicables para la intervención económica de la obra, según sea el caso.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado no existe un “orden de prioridad” para que las Entidades decidan optar entre la “*declaratoria de nulidad de oficio del contrato*” o la “*intervención económica de la obra*”, toda vez que dichas figuras constituyen medidas distintas entre sí, que las Entidades pueden adoptar, o no -bajo una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad-, ante la configuración de alguno de los supuestos establecidos en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, o en el artículo 174 del Reglamento y en la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE, respectivamente.
- 3.2. Considerando que la “*declaratoria de nulidad de oficio del contrato*” y la “*intervención económica de la obra*” constituyen medidas distintas entre sí; corresponde a la propia Entidad realizar una evaluación del caso en concreto y -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- determinar si ejerce, o no, la facultad de emplear alguna de las mencionadas figuras, para lo cual deberá observar lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley y 122 del Reglamento, que regulan la nulidad del contrato, o el artículo 174 del Reglamento y la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE, aplicables para la intervención económica de la obra, según sea el caso.
- 3.3 La intervención económica tiene como presupuesto el retraso injustificado del contratista, por tanto, si existieran controversias pendientes de resolver, no podría decidirse una intervención económica si no se ha declarado el retraso injustificado del contratista.

Jesús María, 22 de marzo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA.