

OPINIÓN N° 084-2023/DTN

Solicitante: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público- OSITRAN

Asunto: Causales de nulidad de contrato y enriquecimiento sin causa

Referencia: Formulario S/N de fecha 19.JUL.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Thou Su Chen, Gerente de Administración del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN, formula varias consultas referidas a la interpretación de las causales de nulidad de un contrato público.

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, Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1444; así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la consulta planteada, para su absolución se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹.

2.1. *“¿De qué manera debe interpretarse lo establecido en el literal a) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado? Al establecerse que, ‘Los*

¹ Realizadas mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019; Decreto Supremo N° 168-2020-EF, vigente desde el 01 de julio de 2020; Decreto Supremo N° 250-2020-EF, vigente desde el 05 de setiembre de 2020; Decreto Supremo N° 162-2021-EF, vigente desde el 12 de julio de 2021.

contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado’, implicaría que, en caso se hayan producido pagos previos a la declaratoria de nulidad, ¿estos deben ser recuperados por la Entidad? De ser así, ¿cuál sería el mecanismo idóneo para recuperar dichos montos?”

- 1.1.1 En primer término, se debe mencionar que el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley establece las causales por las cuales se puede declarar la nulidad de un contrato celebrado bajo el ámbito de la normativa de Contrataciones del Estado.

Ahora bien, en el contexto de dicha normativa, un contrato nulo es aquel que no tiene “valor”, pues se ha formado en transgresión de aquellas normas superiores a las que estaba sometido². Por tanto, un contrato nulo, además de inválido, es también ineficaz, es decir, no tendría la capacidad de generar obligaciones entre las partes³.

En consecuencia, si una Entidad hubiese decidido declarar la nulidad de un Contrato, ni el contratista tenía la obligación de ejecutar una prestación en favor de la Entidad, **ni esta última tenía la obligación de efectuar pago alguno.**

- 1.1.2 En otro orden de ideas, corresponde anotar que, de acuerdo con el literal a) del artículo 44.2 del artículo 44 de la Ley, un contrato puede ser declarado nulo: “*Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11. 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*”. (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, el presente dispositivo lleva implícito el supuesto consistente en que el contratista hubiese ejecutado prestaciones antes de la declaratoria de nulidad del contrato y de las cuales se hubiese beneficiado la Entidad. En tal supuesto, la Ley es categórica en afirmar que por dichas prestaciones no **cabe retribución alguna con cargo al Estado**, lo que implica que no es posible que la Entidad reconozca en favor del contratista ningún tipo de suma que implique erogación de fondos públicos, ya sea a título de pago, indemnización u otro concepto.

- 1.1.3 Expuesto lo anterior, en relación con la consulta formulada, cuando el literal a) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, indica que los contratos declarados nulos (por la causal allí contemplada) no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, debe entenderse que por las prestaciones que se hubiesen ejecutado antes de la declaratoria de nulidad de dichos contratos, no cabe pago, indemnización, ni ningún tipo de reconocimiento que implique la erogación de fondos con cargo al Estado.

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 Ahora bien, un contrato válido en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado, tiene la capacidad de generar dos obligaciones: i) una a cargo del contratista, consistente en la ejecución de una prestación de entrega o suministro de un bien, provisión de un servicio, o ejecución de una obra; y ii) otra a cargo de la Entidad, consistente en el desembolso de un pago a precio de mercado por la ejecución de dichas prestaciones.

Ahora bien, en el supuesto en que la Entidad hubiese realizado erogaciones de fondos públicos al contratista correspondientes a prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de nulidad del contrato sustentada en el literal a), del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, dicha Entidad deberá tomar las acciones correspondientes para hacer cumplir lo previsto en la Ley en el sentido de que no cabe retribución alguna por la ejecución de las referidas prestaciones, de conformidad con la normatividad que resulte aplicable. Cabe precisar que, esta Dirección Técnico Normativa sólo puede absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, conformada por la Ley, el Reglamento y las Directivas de observancia obligatoria emitidas por el OSCE.

2.2. *“Atendiendo a la consulta previa, en el caso de las contrataciones declaradas nulas en virtud de lo establecido en el literal b) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, al no contemplar la misma indicación que el caso del literal a), contrario sensu, ¿en dichos casos sí podría corresponder alguna retribución?, es decir, ¿no correspondería efectuar acciones para el recupero de montos pagados producto de prestaciones ejecutadas a conformidad del área usuaria, toda vez que la norma no lo establece de manera expresa como si ocurre en el literal a)?*

2.2.1. Como se indicó al absolver la consulta anterior, cuando un contrato se hubiese declarado nulo por virtud de lo establecido en el literal a) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, en caso se hubiesen ejecutado prestaciones de manera previa a la declaratoria de nulidad, no cabía pago, indemnización, ni ningún tipo de reconocimiento que implique la erogación de fondos con cargo al Estado.

Ahora bien, cabe precisar que dicha prescripción se encuentra acotada a la referida causal contemplada en el literal a), no estableciéndose lo mismo para el resto de causales de nulidad de contrato (*incluida la del literal b), que es objeto de la presente consulta*). Siendo así, surgiría la interrogante de si, en el marco de estas últimas causales distintas a la contemplada en el referido literal a), la Entidad tenía la obligación de reconocerle al contratista un monto en concepto de pago por las prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de nulidad del contrato.

Sobre el particular, se debe mencionar que el pago es el monto que debe reconocerle la Entidad al contratista, por haber ejecutado las prestaciones conforme a lo establecido en un contrato válido. En tal medida, siendo que un contrato declarado nulo es inválido e ineficaz, la Entidad –en dicho supuesto– no tenía la obligación de reconocer suma alguna **en concepto de pago**, por los trabajos que hubiere ejecutado el contratista antes de la declaratoria de nulidad del contrato⁴.

No obstante, se debe mencionar que nuestro ordenamiento jurídico ha recogido el principio según el cual “nadie puede enriquecerse indebidamente a expensas de otro”. Este principio, conocido como prohibición del **enriquecimiento sin causa**, se ha positivizado en el artículo 1954 del Código Civil de la siguiente manera: “Artículo 1954.- *El que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo*”.

⁴ Cabe precisar que en términos presupuestales la Entidad tampoco podía reconocer al contratista una suma en concepto de pago, pues en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado.

En el campo de la Contratación Pública, la figura del enriquecimiento sin causa también ha sido reconocida. De una parte, 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).

Por su parte, esta Dirección Técnico Normativa mediante diversas opiniones⁵ ha desarrollado los elementos que deben concurrir para que se configure un enriquecimiento sin causa, los que a saber son: (i) que 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 nulidad del contrato); y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor.

De esta manera, el proveedor que se encontraba en la situación descrita bien podía ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad mediante una indemnización. En dicho contexto, la autoridad competente para conocer y resolver dicha acción debía evaluar si la Entidad se había beneficiado –es decir, enriquecido a expensas del proveedor- con la prestación.

Sin perjuicio de ello, en atención a la consulta formulada, la Entidad que hubiese advertido la configuración de los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa –en una decisión de su exclusiva responsabilidad– podía reconocer de forma directa una indemnización por dicho concepto. De haber sido así, era preciso que la Entidad hubiese coordinado cuando menos con su área de asesoría jurídica interna y con la de presupuesto.

- 2.2.2. En suma, en atención, con excepción de la causal contemplada en el literal a) del artículo 44.2 del artículo 44 de la Ley, cuando se hubiese declarado la nulidad del contrato y se hubieren ejecutado prestaciones en favor de la Entidad, ésta -en una decisión de su exclusiva responsabilidad- podía reconocer de manera directa una indemnización por enriquecimiento sin causa por la ejecución de dichas prestaciones. Asimismo, el contratista podía acudir a la vía correspondiente para reclamar dicha indemnización por el referido concepto. En ambos casos, este reconocimiento se encuentra supeditado al cumplimiento de las condiciones para la configuración de un enriquecimiento sin causa mencionadas en la presente opinión.

3. CONCLUSIONES

- 3.1** Cuando el literal a) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, indica que los contratos

⁵ Por ejemplo en las opiniones N°077-2016/DTN y 116-2016/DTN.

declarados nulos (por la causal allí contemplada) no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, debe entenderse que por las prestaciones que se hubiesen ejecutado antes de la declaratoria de nulidad de dichos contratos, no cabe pago, indemnización, ni ningún tipo de reconocimiento que implique la erogación de fondos con cargo al Estado.

- 3.2** En el supuesto en que la Entidad hubiese realizado erogaciones de fondos públicos al contratista correspondientes a prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de nulidad del contrato sustentada en el literal a), del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, dicha Entidad deberá tomar las acciones correspondientes para hacer cumplir lo previsto en la Ley en el sentido de que no cabe retribución alguna por la ejecución de las referidas prestaciones, de conformidad con la normatividad que resulte aplicable.
- 3.3** Con excepción de la causal contemplada en el literal a) del artículo 44.2 del artículo 44 de la Ley, cuando se hubiese declarado la nulidad del contrato y se hubieren ejecutado prestaciones en favor de la Entidad, ésta -en una decisión de su exclusiva responsabilidad-podía reconocer de manera directa una indemnización por enriquecimiento sin causa por la ejecución de dichas prestaciones. Asimismo, el contratista podía acudir a la vía correspondiente para reclamar dicha indemnización por el referido concepto. En ambos casos, este reconocimiento se encuentra supeditado al cumplimiento de las condiciones para la configuración de un enriquecimiento sin causa mencionadas en la presente opinión.

Jesús María, 18 de agosto de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.