

OPINIÓN N° 110-2022/DTN

Entidad: Consorcio Supervisor Trasso Vial

Asunto: Consecuencias de la declaratoria de nulidad del contrato de obra.

Referencia: a) Formulario S/N de fecha 11.OCT.2022 – Consulta sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.
b) Carta N° 062-RC-CSTV-PVVA-2022 (29.NOV.2022)

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el señor Percy Vladimir Vergara Arguedas, Representante Común del Consorcio Supervisor Trasso Vial, formula consultas relacionadas con las consecuencias en el contrato de supervisión de la declaratoria de nulidad del contrato de 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 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

- “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.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguiente:

2.1. *“En el caso de la nulidad del contrato principal del contratista ejecutor de la obra,*

¹ La última modificación al Decreto Supremo N° 344-2018-EF ha sido realizada mediante el Decreto Supremo N° 234-2022-EF.

por la falta de presunción de veracidad ¿Cómo afectaría esta nulidad, al contrato de la supervisión de obra teniendo en cuenta que hubo avances de obra?” (Sic.)

Nulidad del contrato de obra

2.1.1. Un contrato público puede ser declarado nulo por la Entidad si se configura algunas de las causales expresamente contempladas en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley. El efecto de la declaratoria de nulidad de un contrato consiste en que este adquiere la condición de inválido e ineficaz, esto es, carece de valor y es incapaz de producir efectos jurídicos.

Ahora, la declaratoria de nulidad del contrato lleva aparejado, entre otros, el problema de la **oportunidad** para tomar las acciones destinadas a la contratación de la ejecución de las prestaciones pendientes. Así, la entidad, en principio, podría esperar (i) al consentimiento de la declaratoria de nulidad; o (ii) en caso esta haya sido sometida a arbitraje, a la emisión del laudo arbitral que confirme su decisión, para definir el saldo de obra y contratar su ejecución mediante el procedimiento de selección que corresponda. Sin perjuicio de ello, de conformidad con el artículo 167 del Reglamento², también es posible que la entidad determine inmediatamente el saldo de obra (es decir, sin esperar a la emisión del laudo) y contratar su ejecución, *siempre que exista la necesidad urgente de ejecutar las prestaciones pendientes.*

Expuestas estas opciones, es pertinente anotar que corresponde a la Entidad, evaluar el escenario específico que se hubiese configurado y tomar la decisión que permita la consecución eficiente y oportuna de los fines públicos que se persiguen con la contratación.

2.1.2. En otro orden de ideas es preciso indicar que, la declaratoria de nulidad de un contrato es una potestad que la Ley otorga a la Entidad para restablecer la vigencia de las normas de contratación pública ante la identificación de un defecto grave en la formación del contrato. Por tal razón, una vez tomada la decisión de declarar nulo un contrato de obra, **el efecto material** que se sigue es la detención total de los trabajos.

Este efecto material tiene un correlato inevitable en un contrato vinculado al de ejecución de obra como es el de supervisión, pues la detención de la ejecución física de la obra derivada de su declaratoria de nulidad, determina la correlativa paralización de las actividades de supervisión efectiva.

Ahora, frente a esta paralización del servicio de supervisión ocasionada por un hecho que no le resulta imputable al contratista supervisor como es la declaratoria de nulidad del contrato de ejecución de obra, pueden resultar de aplicación determinadas figuras jurídicas contempladas en la normativa de contrataciones del

² El numeral 167.1 del artículo 167 del Reglamento establece “*Cuando se resuelva un contrato o se declare su nulidad y exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicho acto de encuentre sometido a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a algunos de los postores que participaron del procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad determina el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados*”

Estado.

Posibilidad de suspender el contrato de supervisión

Así, es preciso considerar que el numeral 142.7 del artículo 142 del Reglamento contempla la posibilidad de que se pueda acordar, por escrito, la suspensión del plazo de ejecución contractual “*cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la ejecución de las prestaciones, hasta la culminación de dicho evento, **sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y/o costos directos** (...) salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión” (el énfasis es agregado)*

Por su parte, el numeral 178.2 del artículo 178 del Reglamento indica que, *cuando se resuelva el contrato de ejecución de obra, las partes pueden acordar suspender el plazo de la supervisión hasta que se contrate la ejecución del saldo de obra.*

Este dispositivo que, en el contexto de la resolución del contrato de obra, permite suspender el contrato de supervisión hasta que se contrate la ejecución del saldo, tiene por finalidad ***facilitar la continuidad de la contratación principal, esto es, de la ejecución de la obra***; pues –manteniendo el contrato de supervisión vigente (aunque suspendido)- busca evitar que se dilate la reanudación de la ejecución del proyecto como consecuencia de una eventual resolución del contrato de supervisión. Al respecto, cabe precisar que, en el marco de la contratación pública, no es concebible un contrato de obra sin supervisión y, ante una eventual resolución del contrato de supervisión vigente, la entidad tendría que tomar las acciones correspondientes destinadas a la contratación de un nuevo servicio de supervisión; situación que retrasaría la reanudación de la contratación de obra truncada por efecto de la resolución.

Dicho lo anterior, cabe añadir que la suspensión del plazo de ejecución contractual del contrato de supervisión ante la resolución del contrato de obra, se condice con el principio de eficiencia, pues, al no implicar el reconocimiento de mayores gastos generales y costos directos, se puede constituir como el mecanismo menos costoso para la consecución tanto de la finalidad del contrato de obra como el de supervisión.

Expuesto lo anterior es preciso indicar que, aunque la resolución de un contrato y la declaratoria de nulidad se constituyen como figuras de carácter y efectos distintos, es posible afirmar que, ***en un contrato público, la aplicación de estas figuras puede tener un mismo efecto material***, este es, la paralización de los trabajos físicos de la obra, de las actividades de supervisión, y la necesidad de contratar la ejecución de las prestaciones pendientes.

Al compartir este mismo rasgo esencial se puede afirmar que, del mismo modo que, ante la resolución de un contrato de obra se puede acordar la suspensión del contrato de supervisión hasta la contratación del saldo de obra, resulta razonable que, cuando se declare nulo el contrato de obra también ***las partes puedan*** acordar la suspensión del contrato de supervisión hasta que se contrate la ejecución de las prestaciones

pendientes³. Al respecto, corresponderá a las partes evaluar el escenario concreto de su contratación, a fin de determinar la pertinencia de la aplicación de esta figura; para este fin, entre otros elementos, se debe considerar también la oportunidad en que se tomen las acciones destinadas a la contratación del saldo de obra.

Respecto de la posibilidad de resolver el contrato de supervisión.

- 2.1.3. Sin perjuicio de lo anterior, cabe anotar que la declaratoria de nulidad del contrato de obra se constituye como un hecho que impide la continuación de su ejecución.

Este hecho, frente al contrato de supervisión califica como un “caso fortuito o de fuerza mayor”, definido por el artículo 1315 del Código Civil como aquella “*causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*”

Dicho esto, corresponde anotar que, el numeral 164.4 del artículo 164 del Reglamento, establece que “**cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor** o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato”

Así las cosas, ante la declaratoria de nulidad del contrato de obra, cualquiera de las partes del contrato de supervisión, esto es, tanto la Entidad como el contratista supervisor **pueden** resolverlo. Para tal efecto, la parte que resuelva tendrá que cumplir con las formalidades exigidas por el artículo 165 del Reglamento⁴.

- 2.1.4. Expuesto lo anterior, se puede afirmar que la declaratoria de nulidad de un contrato de obra determina la detención total de su ejecución física y, como consecuencia de ello, la paralización de las actividades de supervisión efectiva. Frente a tal escenario, las partes del contrato de supervisión podrán aplicar la suspensión contractual (del contrato de supervisión) hasta la contratación del saldo de obra pendiente de ejecución o, de ser el caso, cualquiera de ellas puede optar por la resolución contractual, debiendo cumplir -para tal efecto- los requisitos, formalidades y procedimiento que exige la normativa de Contrataciones del Estado para cada una de estas figuras.

³ De acuerdo con GUASTINI, “Se llama extensiva a aquella interpretación que extiende el significado prima facie de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él”. Asimismo, el maestro italiano, más adelante, al desarrollar las razones por las que podría acudir a este método interpretativo, señala: “Pero puede suceder, por el contrario, que un intérprete desee aplicar una cierta norma a un cierto supuesto de hecho, porque, de no ser así, ese supuesto de hecho quedaría privado de disciplina jurídica; es decir, se abriría una laguna en el ordenamiento”. GUASTINI, Ricardo. Estudios sobre la Interpretación Jurídica. Traducción: Marina Gascón y Miguel Carbonell. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM. Primera edición: 1999. Ciudad Universitaria, México D.F. Pag.34-35.

⁴ De conformidad con el literal c) del numeral 165.2 del artículo 165 del Reglamento, cuando cualquiera de las partes invoque alguno de los supuestos establecidos en el numeral 164.4 del artículo 164, estas comunican la resolución del contrato mediante carta notarial, sin requerimiento previo, debiendo justificar y acreditar los hechos que sustentan su decisión de resolver el contrato de manera total y parcial.

2.2. “Teniendo en cuenta que la nulidad del contrato principal del contratista ejecutor de la obra está en la etapa de resolución de controversias ¿Qué procedimiento debe seguir la entidad quedando responsable de la obra y que medidas debe tomar respecto al contrato de supervisión vigente?” (Sic.)

2.2.1. Como se anotó, el efecto de la declaratoria de nulidad de un contrato público consiste en que este adquiere la condición de inválido e ineficaz, esto es, carece de valor y es incapaz de producir efectos jurídicos.

La declaratoria de nulidad del contrato lleva aparejado, entre otros, el problema de la *oportunidad* para tomar las acciones destinadas a la contratación de la ejecución de las prestaciones pendientes. Así, la entidad, en principio, podría esperar (i) al consentimiento de la declaratoria de nulidad; o (ii) en caso esta haya sido sometida a arbitraje, a la emisión del laudo arbitral que confirme su decisión, para definir el saldo de obra y contratar su ejecución mediante el procedimiento de selección que corresponda. Sin perjuicio de ello, de conformidad con el artículo 167 del Reglamento, también es posible que la entidad determine inmediatamente el saldo de obra (es decir, sin esperar a la emisión del laudo) y contratar su ejecución, *siempre que exista la necesidad urgente de ejecutar las prestaciones pendientes.*

Corresponde a la Entidad, evaluar el escenario específico que se hubiese configurado y tomar la decisión que permita la consecución eficiente y oportuna de los fines públicos que se persiguen con la contratación.

2.2.2. Asimismo, como se indicó en la absolución de la consulta anterior, la declaratoria de nulidad de un contrato de obra determina la detención total de su ejecución física y, como consecuencia de ello, la paralización de las actividades de supervisión efectiva. Frente a tal escenario, las partes del contrato de supervisión podrán suspenderlo hasta la contratación del saldo de obra pendiente de ejecución o, de ser el caso, cualquiera de ellas puede optar por la resolución contractual, debiendo cumplir -para tal efecto- los requisitos, formalidades y procedimiento que exige la normativa de Contrataciones del Estado para cada una de estas figuras.

2.3. “Ocurrida la nulidad del contrato principal del contratista ejecutor de la obra, ¿Puede la entidad dejar de realizar los pagos pendientes a la supervisión, teniendo en cuenta que la nulidad ocurrió después de la presentación de mas de tres informes de pago, y solo ha utilizado el argumento de que el contrato de supervisión está vinculado y es accesorio al contrato principal del ejecutor?”

2.3.1. Una vez tomada la decisión de declarar nulo un contrato de obra, *el efecto material* que se sigue es la detención total de los trabajos. Dicho efecto material tiene un correlato inevitable en un contrato vinculado al de ejecución de obra como es el de supervisión. Así, *la detención de la ejecución física de la obra derivada de su declaratoria de nulidad, determina la correlativa paralización de las actividades de supervisión efectiva.*

En tal contexto debe precisarse que la detención de las actividades de supervisión no implica que el contrato haya perdido su vigor, pues la declaratoria de nulidad del

contrato de obra NO tiene como efecto necesario la automática pérdida de validez del contrato de supervisión. Al respecto debe indicarse que, aunque el contrato de supervisión se encuentre vinculado al de ejecución de obra, ambos contratos tienen por objeto relaciones jurídicas *independientes*. A lo dicho debe agregarse que las causales por la que un contrato suscrito al amparo de la normativa de Contrataciones Públicas puede adquirir la condición de inválido se encuentran contempladas en el numeral 44.2. del artículo 44 de la Ley.

En ese orden de ideas, la declaratoria de nulidad de un contrato de ejecución de obra no tendría que afectar la validez del contrato de supervisión y, por tanto, no es obstáculo para que la Entidad cumpla con el pago de las prestaciones de supervisión efectiva que se hubieren realizado hasta dicho momento. Al respecto debe precisarse que dicho pago debe ser realizado conforme a la tarifa pactada⁵, sin la necesidad de ningún requisito adicional respecto de los que se hubiesen establecido en el contrato de supervisión.

2.4. *En este contexto de nulidad del contrato principal del ejecutor de obra ¿Para los pagos de las valorizaciones pendientes de la supervisión, es necesario adjuntar un nuevo requisito que no este establecido en las condiciones del contrato?*

Como se anotó, la declaratoria de nulidad del contrato de ejecución de obra no tendría que afectar la validez del contrato de supervisión y, por tanto, no es obstáculo para que la Entidad cumpla con el pago de las prestaciones de supervisión efectiva que se hubieren realizado hasta dicho momento. Al respecto debe precisarse que dicho pago debe ser realizado conforme a la tarifa pactada en el contrato de supervisión, sin la necesidad de ningún requisito adicional respecto de los que se hubiesen establecido en el contrato de supervisión.

3. CONCLUSIONES

3.1. La declaratoria de nulidad de contrato de obra determina la detención total de su ejecución física y, como consecuencia de ello, la paralización de las actividades de supervisión efectiva. Frente a tal escenario, las partes del contrato de supervisión podrán aplicar la suspensión contractual (del contrato de supervisión) hasta la contratación del saldo de obra pendiente de ejecución o, de ser el caso, cualquiera de ellas puede optar por la resolución contractual, debiendo cumplir - para tal efecto- los requisitos, formalidades y procedimiento que exige la normativa de Contrataciones del Estado para cada una de estas figuras.

3.2. La declaratoria de nulidad del contrato de ejecución de obra no tendría que afectar la validez del contrato de supervisión y, por tanto, no es obstáculo para que la

⁵ Cabe anotar que ésta Dirección Técnico Normativa ha señalado en anteriores Opiniones que, al no ser posible definir con precisión el plazo que se requerirá para supervisar la ejecución de una obra -debido a que dicho plazo se encuentra vinculado a la ejecución y recepción de la obra, y a las posibles variaciones de esta última-, la normativa de contrataciones del Estado establece que la supervisión se contrate y ejecute bajo el sistema de tarifas, siendo así que el pago correspondiente se realiza en función a la ejecución real del servicio de supervisión; esto es, se debe pagar la tarifa fija contratada (horaria, diaria, mensual, etc.). Sobre el particular pueden revisarse las Opiniones N° 021-2019/DTN, N° 253-2017/DTN, N° 077-2017/DTN y N° 154-2016/DTN.

Entidad cumpla con el pago de las prestaciones de supervisión efectiva que se hubieren realizado hasta dicho momento. Al respecto debe precisarse que dicho pago debe ser realizado conforme a la tarifa pactada, sin la necesidad de ningún requisito adicional a los que se hubiesen establecido en el contrato de supervisión.

Jesús María, 14 de diciembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.