

OPINIÓN N° 192-2019/DTN

Entidad: Gobierno Regional de Moquegua
Asunto: Declaración de nulidad de contrato
Referencia: Oficio N° 383-2019-GGR/GR.MOQ

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General Regional del Gobierno Regional de Moquegua formula diversas consultas sobre la declaración de nulidad de contrato.

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. 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° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿Es factible que se dé la nulidad del contrato, puesto que se ha encontrado documentación falsa en la Oferta Técnica del Postor de un procedimiento de contratación Directa por Situación de Emergencia en vía de regularización o efectúe el pago por completo a la Empresa quien ha quebrantado el principio de veracidad?” (Sic).*

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que la potestad¹ para declarar la nulidad de un contrato se encuentra regulada en el segundo párrafo del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, 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.

Así, el literal b) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley establece que el Titular de la Entidad puede declarar la nulidad de contrato "Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo." (El subrayado es agregado).

Como se advierte, la potestad del Titular de la Entidad² para declarar de oficio la nulidad de un contrato, debido a la transgresión del Principio de Presunción de Veracidad, se limita a los siguientes supuestos: (i) la presentación de documentación falsa o información inexacta durante el procedimiento de selección, como parte de la oferta; y (ii) la presentación de documentación falsa o información inexacta para el perfeccionamiento del contrato³.

Es preciso señalar que la posibilidad de declarar la nulidad del contrato ante un supuesto previsto en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley se da independientemente del tipo de procedimiento de selección que haya generado el referido contrato, como puede ser la contratación directa bajo alguna de las causales previstas en el artículo 27 de la Ley.

2.1.2 Ahora bien, es importante señalar que un contrato nulo -por definición- es inexistente y no debe surtir efectos; por tanto, la declaración de nulidad de un contrato determina que las obligaciones que constituyen su objeto se vuelvan inexigibles para las partes.

Como se aprecia, una consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato es que no pueda exigirse la ejecución de trabajo alguno al contratista ni efectuarse el pago, pues el cumplimiento de dichas prestaciones sólo se justifica en el marco de una relación contractual válida; en consecuencia la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia que éste no genere efectos económicos⁴, ello sin perjuicio de las acciones destinadas a impedir el enriquecimiento sin causa u otras a que hubiere lugar.

¹ De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, el término "*potestad*" es definido como "(...) *facultad que se tiene sobre algo*"; mientras que la segunda acepción del término "*facultad*" es "*Poder o derecho para hacer algo*."

² Cabe señalar que, la potestad del Titular de la Entidad de declarar de oficio la nulidad de un contrato era indelegable.

³ De acuerdo al criterio desarrollado en anteriores Opiniones, tales como: Opinión N° 136-2017/DTN y N° 086-2015/DTN, entre otros.

⁴ Así por ejemplo, en caso hubiera quedado consentida la nulidad de un contrato no correspondería ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, habida cuenta que la determinación de la inexistencia e inexigibilidad de las obligaciones correspondientes implica reponer las cosas a su estado anterior (Ver: Opinión N° 155-2017/DTN).

En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado establece que, cuando se configure alguna de las causales contempladas en el segundo párrafo del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad tiene la **potestad** de declarar la nulidad de contrato; ello, con la finalidad que, luego de una evaluación del caso en concreto y atendiendo a criterios de eficacia y eficiencia, opte por declarar nulo el contrato, o no⁵.

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado contempla la declaratoria 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 segundo párrafo del anterior 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- determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato.

No obstante 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 Veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, corresponde -de conformidad con el artículo 259 del Reglamento- comunicar tal hecho al Tribunal de Contrataciones del Estado a efectos que se evalúe la aplicación de una sanción por haberse cometido una infracción a la normativa de contrataciones del Estado⁶.

2.2. “¿Es posible que se dé la nulidad del Procedimiento de Selección, debido a que se ha encontrado documentación falsa en la Oferta Técnica el Postor de un procedimiento de contratación directa por situación de emergencia en vía de regularización, después del otorgamiento de la buena pro, o de todos modos se continúe con la regularización del contrato con la Empresa quien ha quebrantado el principio de veracidad?”. (Sic).

2.2.1 En primer lugar, debe indicarse que el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de los actos expedidos en un procedimiento de selección, hasta antes de la celebración del contrato, siempre que: (i) hayan sido dictados por órgano incompetente; (ii) contravengan las normas legales; (iii) contengan un imposible jurídico; o (iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable.

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado otorga al Titular de la Entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un procedimiento de selección solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, cuando se configure alguna de las causales antes detalladas.

⁵ La potestad del Titular de la Entidad para determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato, se deberá realizar evaluando previamente el caso en concreto -habiendo solicitado al contratista el descargo correspondiente- atendiendo a criterios tales como: eficacia y eficiencia, oportunidad de la contratación, costo-beneficio, satisfacción del interés público, estado de avance de la contratación, logro de la finalidad pública, las condiciones de vida de los ciudadanos, entre otros, siendo recomendable la coordinación previa con su asesoría jurídica interna y su área de presupuesto, a fin de tomar la decisión de gestión que resulte más adecuada.

⁶ De acuerdo a lo señalado en los literales i) y j) del anterior numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

- 2.2.2 Por otro lado, es importante reiterar que una vez suscrito el contrato solo puede declararse la nulidad cuando se verifique la ocurrencia de alguno de los supuestos previstos en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley.

Así, la suscripción del contrato determina que los supuestos que pueden originar la declaración de nulidad varíen, de tal manera que ya no resulten aplicables las causales previstas para la nulidad del procedimiento de selección sino aquellas señaladas en el segundo párrafo del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley.

- 2.2.3 Ahora bien, en atención a la consulta planteada, la regularización a la que hace referencia el penúltimo párrafo del literal b) del artículo 100 del Reglamento – *prevista exclusivamente para la causal de situación de emergencia*- se realiza dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, según corresponda, es decir luego del inicio de la ejecución de la prestación materia de la contratación.

En tal sentido, durante la ejecución contractual ya no es posible aplicar las causales de nulidad del procedimiento de selección para declarar la nulidad del contrato; así, si durante la ejecución del contrato se detecta documentación falsa en la oferta técnica del postor adjudicado, el titular de la Entidad tiene la potestad de declarar la nulidad del contrato, conforme a los criterios previstos al absolver la consulta anterior.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La normativa de contrataciones del Estado contempla la declaratoria 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 la causal de nulidad de contrato regulada en el literal b) del 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- determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato.
- 3.2. Durante la ejecución contractual ya no es posible aplicar las causales de nulidad del procedimiento de selección para declarar la nulidad del contrato.

Jesús María, 5 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.