

OPINIÓN N° 012-2024/DTN

Solicitante: Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A.
Asunto: Alcance del término “inexistencia de contrato”
Referencia: Formulario S/N de fecha 08.ENE.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Daniel Cervantes Montoya, Jefe de la División de Asesoría Legal de la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. – EGASA, formula una consulta relacionada con el alcance del término “inexistencia de contrato” en el marco 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 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

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

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

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

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; Decreto Supremo N° 234-2022-EF, vigente desde el 28 de octubre de 2022; y, Decreto Supremo N° 308-2022-EF, vigente desde el 24 de diciembre de 2022.

2.1 “¿A qué se refiere la norma cuando señala “inexistencia de contrato”? ¿Qué se debe entender por un contrato inexistente?”

2.1.1 Los contratos públicos son acuerdos con contenido patrimonial, que se forman encauzándose a través de las reglas que conforman la normativa de Contrataciones del Estado, esto es, la Ley, su Reglamento y las Directivas emitidas por el OSCE.

Precisamente, cuando un contrato público, esto es, cuando el acuerdo entre la Entidad y el proveedor se forma de acuerdo con el cause jurídico -que incluye el cumplimiento de requisitos y formalidades- previsto en la normativa de Contrataciones, se tiene un contrato con **valor jurídico** y, esta cualidad de “valer” para el Derecho, es aquella que, a su vez, genera su capacidad para producir efectos jurídicos (eficacia).

Bajo esta consideración, tenemos entonces que un contrato que no se ha formado conforme a las normas a las que se encuentra sometido puede adquirir la calidad de inválido, lo que determinaría su incapacidad para producir efectos jurídicos.

Ahora, la invalidez contractual se encuentra íntimamente vinculada con la figura de la nulidad; no obstante, resulta de gran importancia distinguir ambas. Sobre el particular, LOHMAN dice lo siguiente:

“Entonces ¿invalidez es sinónimo de nulidad? No, la nulidad tiene un carácter diferente. Un negocio válido es el conceptualmente perfecto y cuando se torna inválido lo es desde el instante en que se incurre en la causal. La nulidad, por el contrario, si bien puede tener su origen en la causal, solo aparece desde que es declarada, como veremos en su oportunidad. La invalidez es una noción abstracta (ausencia de valor jurídico) que no se concreta por sí misma; no tiene per se consecuencias como no sea a través de la nulidad”²

Como se advierte, la invalidez de un contrato se realiza de manera concreta mediante la declaratoria de su nulidad. Esta idea, esbozada desde el derecho privado, resulta aplicable también al contrato público. De este modo, se puede afirmar que, la invalidez de un contrato público se materializa mediante la declaratoria de nulidad por parte de la Entidad, por incurrir en alguna de las causales previstas en el artículo 44 de la Ley, o porque así ha sido declarada en un arbitraje de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la misma.

2.1.2 En relación con lo indicado, corresponde anotar que el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley establece lo siguiente:

*“**Después de celebrados los contratos**, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:*

- a) Por haberse perfeccionado en contravención del 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.*
- b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato.*

² Lohman Luca de Tena, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Librería Studium editores. 1986. Pág. 385.

- 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 la contratación directa. Cuando no se utilice los métodos de contratación previstos en la presente norma, pese a que la contratación se encuentra bajo su ámbito de aplicación; o cuando se emplee un método de contratación distinto del que corresponde.*
- e) *Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, este, 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. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a la que hubiera lugar.” (El resaltado es agregado)*

Como se aprecia, la nulidad es la sanción que puede imponer unilateralmente una entidad a un contrato público que se encuentra perfeccionado, pero que adolece de un vicio de origen de tal magnitud (haberse celebrado con una persona impedida, no haberse observado el método de contratación correspondiente, haberse celebrado mediante actos de corrupción, etc) que determina su incapacidad de valer para el Derecho y también su ineficacia.

Ahora bien, analizando la declaratoria de nulidad de un contrato, se tiene que esta implica la calificación de nulo e inválido, recaída respecto de una “**entidad**” (contrato perfeccionado) que hasta antes de dicho momento tenía la **apariencia** de ser un contrato celebrado conforme a la normativa de Contrataciones del Estado.

2.1.3 La declaratoria de nulidad, entonces, supone la existencia de un contrato perfeccionado respecto del cual, precisamente, se determina su invalidez. Siendo así, resulta preciso determinar cuándo un contrato se considera perfeccionado en el marco de las contrataciones públicas.

Sobre el particular, el numeral 137.1 del artículo 137 del Reglamento, indica que el contrato se perfecciona, dependiendo del caso, de las siguientes maneras:

- Para la generalidad de los casos, con la suscripción del documento que lo contiene.
- En los contratos con un valor estimado menor o igual a doscientos mil soles derivados de Subasta Inversa Electrónica y Adjudicación Simplificada, **puede** perfeccionarse con la recepción de la orden de compra o de servicio.
- En los casos de Comparación de Precios, con la recepción de orden de compra o de servicios.
- En el caso de Catálogos Electrónicos, el contrato se perfecciona con la aceptación de la orden de compra y/o servicio, emitida en el aplicativo de Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco y/u otros documentos que PERU COMPRAS determine.

Como se advierte, para la normativa de Contrataciones del Estado, un contrato perfeccionado se expresa en la realidad mediante el documento que lo contiene o una orden de servicio o de compra.

- 2.1.4 La declaratoria de nulidad, entonces, recae sobre el contrato, el cual cobra existencia desde el momento en que se suscribe el documento que lo contiene o desde la recepción de orden de compra o de servicio.

Ahora bien, en el marco de la declaratoria de nulidad, es precisamente la existencia de un documento contractual aquello que genera la apariencia de un contrato celebrado como válido y respecto de la cual se puede sancionar su nulidad. No obstante, puede presentarse la situación en que, antes de cuestionarse la validez o eficacia del contrato, se cuestione la existencia del contrato mismo, esto es, de un documento contractual o de la recepción de una orden de compra o de servicio que exprese el acuerdo entre la Entidad y el proveedor.

Así, el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley establece lo siguiente: *“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”*.

Como se advierte, de acuerdo con el artículo 45 de la Ley, es posible que la Entidad o el proveedor, en el marco de un intercambio patrimonial, cuestionen la existencia misma de un documento contractual o de una orden de servicio respecto del cual, en un momento distinto, se pueda determinar su validez o eficacia.

- 2.1.5 En relación con la consulta formulada se tiene que, cuando el artículo 45, en el marco de la regulación de la solución de controversias durante la ejecución contractual, hace alusión a la “inexistencia” de contrato se está refiriendo a aquella pretensión o materia consistente en dilucidar si se verifica o no, en la realidad, la existencia de un documento contractual o de la recepción de una orden de servicio que eventualmente podría estar vinculada a determinado intercambio patrimonial.

3. CONCLUSIÓN

Cuando el artículo 45 de la Ley, en el marco de la regulación de la solución de controversias durante la ejecución contractual, hace alusión a la “inexistencia” de contrato se está refiriendo a aquella pretensión o materia consistente en dilucidar si se verifica o no, en la realidad, la existencia de un documento contractual o de la recepción de una orden de servicio que eventualmente podría estar vinculada a determinado intercambio patrimonial.

Jesús María, 1 de marzo de 2024

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC