

OPINIÓN N° 048-2018/DTN

Solicitante: Servicio de Parques de Lima - SERPAR
Asunto: Nulidad de oficio del contrato
Referencia: Oficio N° 50-2018/SERPAR LIMA/SG/GAJ/MML

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Servicio de Parques de Lima - SERPAR formula consultas sobre la nulidad de oficio del 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

De manera previa, debe indicarse que, con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 -que modifica la Ley N° 30225- y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF -que modifica el Decreto Supremo N° 350-2015-EF-, cuyas disposiciones son de aplicación a partir de la fecha mencionada salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados con anterioridad a ella, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

En esa medida, tomando en cuenta que de la revisión de los antecedentes de la solicitud se infiere que las consultas se encuentran referidas a la aplicación de la Ley N° 30225 y del Decreto Supremo N° 350-2015-EF después de la entrada en vigencia de sus modificatorias, el análisis de la presente opinión se efectuará en virtud de la normativa de contrataciones del Estado actualmente vigente.

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

¹ De acuerdo a lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1341.

2.1 “¿La Entidad debe declarar de oficio la nulidad de contrato de manera facultativa o seguir previamente otro procedimiento?”

2.1.1 En 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.

Así, el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley establece que después de celebrados los contratos, la Entidad² 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.”*

Como se aprecia, 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 contrato³.

² 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.

³ Conforme se ha señalado en diversas Opiniones emitidas por el OSCE, tales como las Opiniones N° 197-2015/DTN y 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

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 221 del Reglamento- comunicar tal hecho al Tribunal de Contrataciones del 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 En la línea de lo expuesto, cuando el Titular de la Entidad opte por declarar nulo el contrato, el numeral 122.1 del artículo 122 del Reglamento establece la formalidad mediante la cual la Entidad debe comunicar al contratista la declaración de nulidad, señalando que “(...) debe cursar carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad (...)”. (El subrayado es agregado).

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado establece que la copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato debe ser notificada -al contratista- a través de una carta notarial, la cual debe diligenciarse de conformidad con lo dispuesto, entre otras normas que resulten aplicables, en el Decreto Legislativo N° 1049 “Decreto Legislativo del Notariado”.

En ese orden de ideas, a efectos de proceder con la nulidad de un contrato, la Entidad deberá emitir un documento en el que se declare la nulidad; adicionalmente, dicho documento deberá ser notificado al domicilio del contratista -según lo señalado en el contrato- mediante una carta notarial diligenciada de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1049.

- 2.2 ***“¿De resultar factible otro procedimiento para que la Entidad declare de oficio la nulidad de contrato, indicar el procedimiento que deberá seguir?” (Sic).***

De conformidad con lo indicado al absolver la consulta anterior, el numeral 122.1 del artículo 122 del Reglamento establece la formalidad mediante la cual la Entidad debe comunicar al contratista la declaración de nulidad, señalando que “(...) debe cursar carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad (...)”. (El subrayado es agregado).

3. CONCLUSIONES

- 3.1 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 contrato.
- 3.2 A efectos de proceder con la nulidad de un contrato, la Entidad deberá emitir un

declaración de nulidad de un contrato determina su inexistencia y, por tanto, la inexigibilidad de las obligaciones previstas en éste.

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

documento en el que se declare la nulidad; adicionalmente, dicho documento deberá ser notificado al domicilio del contratista -según lo señalado en el contrato- mediante una carta notarial diligenciada de conformidad con lo dispuesto, entre otras normas que resulten aplicables, en el Decreto Legislativo N° 1049 “Decreto Legislativo del Notariado”.

Jesús María, 17 de abril de 2018

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

TAM