

### OPINIÓN N° 022-2024/DTN

Solicitante: Presidencia del Consejo de Ministros - PCM

Asunto: Nulidad de contratación complementaria

Referencia: Formulario S/N de fecha 08.MAR.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

#### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Luis Antonio Aleman Nakamine, Jefe de la Oficina General de Administración de la Presidencia del Consejo de Ministros – PCM, formula varias consultas relacionadas con la posibilidad de que, durante el periodo de suspensión de la obra se realicen los trámites conducentes a la aprobación de prestaciones adicionales 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 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 modificatorias<sup>1</sup>, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

---

<sup>1</sup> 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.

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

**2.1** *“Tomando en consideración que la declaración de nulidad tiene efecto declarativo y retroactivo, al haberse declarado la nulidad de un procedimiento de selección (retrotrayéndose hasta la etapa de actos preparatorios) ¿Corresponde declarar la nulidad de un contrato complementario, al constituir dicho procedimiento de selección uno de los requisitos para la contratación complementaria?” (sic)*

2.1.1 En principio, un contrato complementario busca abastecer temporalmente a la Entidad de determinados bienes y servicios para satisfacer necesidades institucionales; ello mientras culmina el procedimiento de selección convocado para obtener el contrato con el cual se cubrirá de manera ordinaria dichas necesidades institucionales. De ahí que, el artículo 174 del Reglamento, precise que para suscribir un contrato complementario debe cumplirse con las siguientes condiciones:

- La preexistencia de un contrato de bienes o servicios,
- Que el nuevo contrato (contrato complementario) se realice dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución del contrato preexistente y con el mismo contratista.
- Que se realice por única vez.
- Que se realice en tanto culmine el procedimiento de selección convocado.
- El monto del nuevo contrato (contrato complementario) no puede superar el treinta por ciento (30%) del monto del contrato original preexistente.
- Las prestaciones a contratar mediante el contrato complementario deben ser los mismos bienes o servicios objeto del contrato preexistente,
- El contratista debe preservar las condiciones que dieron lugar a la contratación preexistente de la que fue parte,
- Que el objeto del contrato complementario no sea sobre ejecución de obras ni de consultorías.

Dicho esto, cabe agregar que la celebración de un contrato complementario implica la constitución de una relación jurídica distinta e independiente de aquella que existió entre la Entidad y el contratista (contrato original).

2.1.2 De otra parte, es preciso indicar que, la normativa de contrataciones del Estado, confiere a la Entidad la facultad de declarar la nulidad de oficio de un contrato, luego de que este ha sido celebrado, cuando se configuren las siguientes causales:

- a) 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.
- b) Cuando se verifique la transgresión 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 el 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. 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, 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 que hubiere lugar.

Cabe precisar que es con la declaratoria de nulidad con la que se expresa de manera concreta la invalidez de un contrato y, por tanto, se produce su ineficacia. Siendo así, un contrato es válido y tiene plena capacidad de producir efectos jurídicos mientras no se haya declarado su nulidad ya sea por la Entidad o por el árbitro o tribunal arbitral, de conformidad con el numeral 44.5 del artículo 44 de la Ley.

- 2.1.3 Ahora bien, el documento de la referencia consulta si corresponde o no que la Entidad declare la nulidad de un contrato complementario, cuando ha sido declarada la nulidad del procedimiento de selección *“hasta los actos preparatorios”*.

En primer término, es preciso aclarar que, durante la etapa selectiva, la nulidad se declara respecto de los actos que componen el procedimiento de selección, el cual inicia con la convocatoria; por tal razón, no es posible, desde el punto de vista jurídico, declarar la nulidad y retrotraer el procedimiento de selección *“hasta la etapa de actos preparatorios”*.

Asimismo, es preciso anotar que, la declaratoria de nulidad de un contrato es una prerrogativa que la Ley le asigna a la Entidad, a fin de que pueda decidir (valorando integralmente la contratación realizada) si la ejerce o no, cuando se haya configurado alguna de las causales contempladas en el citado numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley. En consecuencia, cada Entidad es quien debe determinar si corresponde o no declarar la nulidad de un contrato.

- 2.1.4 Sin perjuicio de lo anterior, debe reiterarse que un contrato tiene plena validez y eficacia jurídica mientras su nulidad no haya sido declarada por la Entidad o, de ser el caso, por el árbitro o tribunal arbitral, de conformidad con el numeral 44.5 del artículo 44 de la Ley.

Ahora, como se anotó, una Entidad solo puede declarar la nulidad de contrato cuando se hubiese configurado alguna de las causales contempladas en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley. Siendo así, no se advierte que se haya previsto una causal referida a la declaratoria de nulidad de un contrato complementario cuando, una vez celebrado, se hubiese declarado la nulidad de alguno de los actos del procedimiento de selección convocado para satisfacer la necesidad institucional que, temporalmente, cubre el contrato complementario.

Al margen de ello, es preciso reiterar que, el contrato complementario es un instrumento que tiene como una de sus finalidades cubrir de manera temporal –mientras culmina el procedimiento de selección convocado- la necesidad institucional que debería ser satisfecha de manera “ordinaria” por un contrato derivado de un procedimiento de selección. Siendo así, resulta razonable que, en la medida de que se mantenga la necesidad y ante la eventual declaratoria de nulidad que implique retrotraer el procedimiento de selección hasta la convocatoria, la Entidad tome las acciones correspondientes para sanear los aspectos que

correspondan del proceso de contratación y convocar inmediatamente a un nuevo procedimiento de selección.

Finalmente, cabe agregar que, el numeral 174.2 del artículo 174 de la Ley establece que, en aquellos en los que con la contratación complementaria se agota la necesidad, la condición de convocar a un procedimiento de selección no resulta necesaria, aspecto que debe ser sustentado por el área usuaria.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1** Una Entidad solo puede declarar la nulidad de contrato cuando se hubiese configurado alguna de las causales contempladas en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley. Siendo así, no se advierte que se haya previsto una causal referida a la declaratoria de nulidad de un contrato complementario cuando, una vez celebrado, se hubiese declarado la nulidad de alguno de los actos del procedimiento de selección convocado para satisfacer la necesidad institucional que, temporalmente, cubre el contrato complementario
- 3.2** El contrato complementario es un instrumento que tiene como una de sus finalidades cubrir de manera temporal –mientras culmina el procedimiento de selección convocado– la necesidad institucional que debería ser satisfecha de manera “ordinaria” por un contrato derivado de un procedimiento de selección. Siendo así, resulta razonable que, en la medida de que se mantenga la necesidad y ante la eventual declaratoria de nulidad que implique retrotraer el procedimiento de selección hasta la convocatoria, la Entidad tome las acciones correspondientes para sanear los aspectos que correspondan del proceso de contratación y convocar inmediatamente a un nuevo procedimiento de selección.

Jesús María, 23 de abril de 2024

**CARLA GABRIELA FLORES MONTOYA**  
**Directora Técnico Normativa (e)**

RVC