

T.D.: 1812636

OPINIÓN N° 083-2012/DTN

Entidad: Estudio Luis Echeopar García S.R.L.

Asunto: Procedencia del pago de prestaciones ejecutadas sin vínculo contractual

Referencia: Comunicación recibida el 07.JUN.2012

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Estudio Luis Echeopar García S.R.L. consulta sobre la procedencia del pago de un servicio ejecutado por un proveedor a favor de una Entidad sin que exista un contrato, si dicho pago incluye la utilidad y cuál es el mecanismo adecuado para resolver la controversia.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor 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 i) del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la “Ley”), y la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-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

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1** *“¿Si La Entidad que se beneficia con prestaciones brindadas por un proveedor, sin que medie un contrato formal, tiene la obligación de pagar el precio correspondiente, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1954° del Código Civil? (...) Esta consulta se refiere a aquellos supuestos en los que, bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1017, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, luego de vencido el contrato -celebrado en estricta observancia de los procedimientos previstos para tales efectos-, el proveedor continúa brindando el servicio a solicitud de la Entidad, sin que se haya ordenado un “Adicional de Servicio” o suscrito un contrato complementario, así como aquel supuesto en que el proveedor, por indicación de la entidad, inicia la prestación de servicios*

cuando aun no se efectuaron los procedimientos previstos por la normativa de contratación pública para la existencia de un nuevo vínculo contractual.”
(sic).

- 2.1.1 Con la finalidad de lograr el mayor grado de eficiencia en las contrataciones públicas -esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, contratando en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad- y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario¹, el artículo 76 de la Constitución Política dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con fondos públicos se efectúe obligatoriamente por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la normativa de contrataciones del Estado.

En este sentido, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto los requisitos, formalidades y procedimientos que deben observarse para llevar a cabo las contrataciones bajo su ámbito, por lo que su incumplimiento conllevaría la responsabilidad de los funcionarios involucrados, correspondiendo al Titular de la Entidad determinar responsabilidades y, de ser el caso, imponer las sanciones que corresponda, de conformidad con el artículo 46 de la Ley.

- 2.1.2 De otro lado, debe indicarse que el artículo 2 del Reglamento establece que “La Ley y el presente Reglamento son aplicables a la contratación de bienes, servicios y obras, siempre que sean brindados por terceros y que la contraprestación sea pagada por la Entidad con fondos públicos.” (El subrayado es agregado).

Del artículo citado se desprende que una de las características principales de los contratos sujetos a la normativa de contrataciones del Estado, es que estos involucran prestaciones recíprocas. Así, si bien es obligación del proveedor ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad, es obligación de la Entidad cumplir con las obligaciones que ha asumido; entre estas, el pago de la respectiva contraprestación al contratista.

Al respecto, cabe precisar que si bien en los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado prima el interés público cuya satisfacción persigue la Entidad contratante, ello no afecta el hecho que, desde la perspectiva del contratista, el interés en participar en una contratación estatal sea el de obtener una retribución económica a cambio de las prestaciones ejecutadas en favor de la Entidad contratante.

Tal hecho no ha sido soslayado por la normativa de contrataciones del Estado, sino que, por el contrario, en el artículo 42 de la Ley² se reconoce

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de mayo de 2004. Expediente N° 020-2003-AI/TC.

² **“Artículo 42.- Culminación del contrato**

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación

expresamente que los contratos concluyen cuando el contratista cumple con ejecutar las prestaciones a satisfacción de la Entidad, y esta cumple con pagarle la contraprestación convenida.

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado reconoce que los proveedores son agentes de mercado que colaboran con las Entidades al satisfacer sus necesidades de abastecimiento de bienes, servicios y obras para cumplir con sus funciones, pero dicha colaboración implica el pago del precio de mercado de la prestación, aquel ofertado por el contratista en su oferta económica -teniendo como referencia el valor referencial y sus límites- durante el proceso de selección, el cual debe incluir todos los costos que incidan en la prestación, incluyendo la **utilidad** del proveedor³.

- 2.1.3 Efectuada la precisión anterior, debe indicarse que si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado -aún cuando el servicio haya sido obtenido sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado-, pues el Código Civil⁴, en su artículo 1954, establece que *“Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”*. (El subrayado es agregado).

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente: *“(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, **hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles**. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente.”* (El resaltado es agregado).

De esta manera, la acción por enriquecimiento sin causa reconocida por el Código Civil constituye un *“mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el*

pactada y el pago correspondiente.(...)”

³ De conformidad con el antepenúltimo párrafo del artículo 63 del Reglamento, *“Las propuestas económicas deberán incluir todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del bien, servicio u obra a adquirir o contratar, excepto la de aquellos postores que gocen de exoneraciones legales.”* (El subrayado es agregado).

⁴ De aplicación supletoria en la ejecución de los contratos que se ejecutan bajo las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con el artículo 142 del Reglamento. Para mayor información sobre este criterio puede revisarse la Opinión N° 072-2011/DTN.

demandado o sujeto responsable (...).”⁵

Ahora bien, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: “a) *el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento.*”⁶

Así, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato, contrato complementario, o la ejecución de prestaciones adicionales sin mediar la respectiva autorización.

Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento del precio de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, mediante una indemnización. Situación en la cual corresponde a la autoridad que conozca y resuelva dicha acción evaluar si la Entidad se ha beneficiado -enriquecido a expensas del proveedor- con la prestación del servicio, en cuyo caso, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no sólo reconocer el íntegro del precio de mercado del servicio prestado, y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción.

Cabe precisar que el monto reconocido no podría ser considerado como pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída; ni tampoco en términos presupuestales, pues en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado.

No obstante, ello no afecta que el reconocimiento del servicio prestado por el proveedor a la Entidad deba considerar el íntegro del precio de mercado de tal servicio, el cual incluye la utilidad del proveedor; es decir, que el monto a ser reconocido por la Entidad al proveedor sea aquel que de haberse observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de contraprestación. Esto debido a que los proveedores colaboran con las Entidades para satisfacer sus necesidades de aprovisionamiento de bienes, servicios u obras, a cambio del pago de una retribución -contraprestación- equivalente al precio de mercado de la prestación, el cual incluye la utilidad⁷.

⁵ PAREDES CARRANZA, Milagros. La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa, JUS Doctrina & Práctica 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, Pág. 485.

⁶ Ídem, Pág. 485.

⁷ Cabe precisar que el criterio antes indicado fue establecido a partir de la emisión de la Opinión

2.1.4 En virtud de lo expuesto, y sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios involucrados, la Entidad a favor de la cual un proveedor ejecuta determinadas prestaciones sin que medie un contrato que los vincule, tiene la obligación de reconocer al proveedor el precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, el cual incluye la utilidad; ello en observancia del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, recogido en el artículo 1954 del Código Civil. Cabe precisar que corresponde a cada Entidad decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular la Entidad coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto.

2.2 ***“¿En caso que una Entidad del Estado se beneficie con prestaciones que le son entregadas por un proveedor, sin que medie contrato alguno, y el proveedor reclame su pago atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1954° del Código Civil, el importe que correspondería pagar incluye el costo efectivo de la prestación y la utilidad del proveedor?”*** (sic).

De conformidad con lo indicado en el punto 2.1.3 de la presente opinión, el reconocimiento del servicio prestado por el proveedor a la Entidad debe considerar el íntegro del precio de mercado de tal servicio, el cual incluye la utilidad del proveedor; es decir, que el monto a ser reconocido por la Entidad al proveedor sea aquel que de haberse observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de contraprestación.

2.3 ***“¿Es posible que la Entidad y el Contratista suscriban un acuerdo conciliatorio, por el que la Entidad, en virtud del artículo 1954° del Código Civil, se obliga a pagar al proveedor el importe que corresponde por la prestación recibida sin que medie contrato alguno, o es obligatorio que la procedencia de dicho pago se discuta previamente en el poder judicial o Arbitraje?”*** (sic).

Como se ha precisado al absolver la consulta 2.1, corresponde a cada Entidad decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto.

En esa medida, y teniendo inconsideración que, según el literal i) del artículo 58 de la Ley el OSCE es competente para absolver las consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, en vía de consulta este Organismo Supervisor no puede determinar el mecanismo adjetivo al que un proveedor puede recurrir para que la Entidad en favor de la

Nº 073-2011-DTN, mediante la cual este Organismo Supervisor se apartó de aquellos criterios distintos como el que fue establecido en las Opiniones Nº 059-2009/DTN, Nº 104-2009/DTN y Nº 008-2011/DTN.

cual ejecutó determinadas prestaciones sin que exista un contrato derivado de alguno de los procedimientos establecidos por la normativa de contrataciones del Estado, reconozca el precio de estas prestaciones, ni mucho menos sobre los acuerdos que una Entidad puede adoptar en el marco de una conciliación.

2.4 “¿Si la Entidad y/o el proveedor quisieran someter a Arbitraje la procedencia del pago de las prestaciones ejecutadas sin que medie contrato alguno, es posible que suscriban para tales efectos un Convenio Arbitral?” (sic).

De conformidad con lo señalado en el punto anterior, dado que el literal i) del artículo 58 de la Ley establece que el OSCE es competente para absolver las consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, en vía de consulta este Organismo Supervisor no puede emitir opinión pronunciándose sobre la posibilidad de que una Entidad y un proveedor suscriban un convenio arbitral para someter a arbitraje el pago de las prestaciones ejecutadas por el proveedor a favor de la Entidad, sin que medie un contrato derivado de alguno de los procedimientos establecidos por la normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios involucrados, la Entidad a favor de la cual un proveedor ejecuta determinadas prestaciones sin que medie un contrato que los vincule, tiene la obligación de reconocer al proveedor el precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, el cual incluye la utilidad; ello en observancia del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, recogido en el artículo 1954 del Código Civil.
- 3.2 Corresponde a cada Entidad decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular la Entidad coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto.

Jesús María, 8 de agosto de 2012

AUGUSTO EFFIO ORDÓÑEZ
Director Técnico Normativo

MPC/CVP.