

OPINIÓN N° 003-2020/DTN

Entidad: Gobierno Regional de Ancash

Asunto: Impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista aplicable a los Consejeros de los Gobiernos Regionales

Referencia: Oficio N° 099-2019-GRA-CR/AWCG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Alexander Wilson Celedonio Gargate, Consejero Regional del Gobierno Regional de Ancash, formula una consulta relacionada con el impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, según lo previsto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

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 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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

1. CONSULTA 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 desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

La consulta formulada es la siguiente:

“Si las Autoridades Regionales por elección popular en ejercicio de sus funciones (Consejeros Regionales) con horario no exclusivo, pueden suscribir contratos de naturaleza civil (locación de servicios) y prestar servicios en Instituciones públicas distintas al de su origen”.

- 1.1. De manera previa, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado absuelve las consultas relacionadas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en tal sentido, el desarrollo de la presente opinión se enfocará a una situación general bajo el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

Por tanto, corresponde desarrollar algunos alcances generales sobre la configuración del impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista aplicable a los Consejeros de los Gobiernos Regionales, de acuerdo al marco establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

Configuración de los impedimentos:

- 1.2. En primer lugar, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado¹, permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en esta, pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

Al respecto, cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal – Libertad de Concurrencia², Competencia³, Publicidad⁴, Transparencia⁵, Igualdad de Trato⁶, entre otros– así como en los principios generales del régimen económico

¹ La cual está conformada por la Ley, su Reglamento y las directivas emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

² “Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.” Literal a) del artículo 2 de la Ley.

³ “Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.” Literal e) del artículo 2 de la Ley.

⁴ “El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.” Literal d) del artículo 2 de la Ley.

⁵ “Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.” Literal c) del artículo 2 de la Ley.

⁶ “Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente

nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

En esa medida, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado, solo pueden ser establecidos mediante ley; así, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de “*inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos*”⁷, los impedimentos, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden aplicarse por analogía a supuestos no contemplados en dicho artículo.

Conforme a ello, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado se encuentran previstos en el artículo 11 de la Ley, el cual establece un listado de personas que, por diversas circunstancias –*como el cargo público que ejercen, su relación de parentesco, el haber sido sancionados, su injerencia directa en la toma de decisiones, el acceso previo a información preparatoria, etc.* –, no pueden participar en las contrataciones del Estado.

Es preciso mencionar que los impedimentos indicados en el referido artículo se aplican inclusive a aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a las 8 UIT, tal como lo dispone el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Impedimento aplicable a los Consejeros de los Gobiernos Regionales:

- 1.3. Entre los impedimentos previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se tiene el establecido en el literal c), en virtud del cual, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, “*Los Gobernadores, Vicegobernadores y **Consejeros de los Gobiernos Regionales**. En el caso de los Gobernadores y Vicegobernadores, el impedimento aplica para todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. **En el caso de los Consejeros de los Gobiernos Regionales, el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.**” (El resaltado es agregado).*

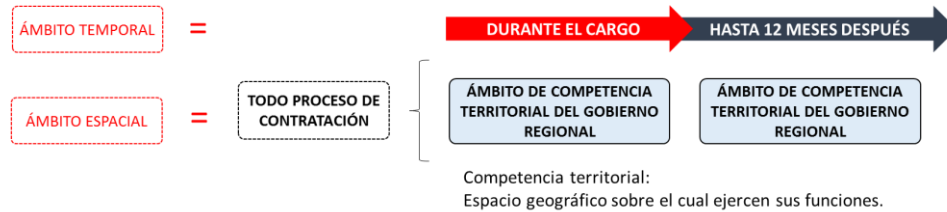
Como se observa, el impedimento aplicable a los Consejeros de los Gobiernos Regionales es mucho más acotado que el impedimento correspondiente a los Gobernadores y Vicegobernadores, ya que solo está referido -durante y hasta los (12) doce meses posteriores al ejercicio del cargo- respecto a los procesos de contratación pública desarrollados en el ámbito de competencia territorial del

situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.” Literal b) del artículo 2 de la Ley.

⁷ El numeral 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú prevé el siguiente Principio: “*El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos” (el subrayado es agregado); asimismo, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que “*La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía*”.*

gobierno regional.

Impedimentos aplicables a Consejeros de los Gobiernos Regionales



Por su parte, es preciso indicar que el artículo 3 de la Ley N° 27867, “*Ley Orgánica de Gobiernos Regionales*”, precisa que: “*Los Gobiernos regionales tienen jurisdicción en el ámbito de sus respectivas circunscripciones territoriales, conforme a Ley*”. (El resaltado es agregado).

Considerando lo anterior, los Consejeros de los Gobiernos Regionales, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en todo proceso de contratación que se desarrolle en el ámbito de la competencia territorial del gobierno regional⁸.

3. CONCLUSIÓN

Los Consejeros de los Gobiernos Regionales, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en todo proceso de contratación que se desarrolle en el ámbito de la competencia territorial del gobierno regional.

Jesús María, 6 de enero de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA

Directora Técnico Normativa

RAC.

⁸ De conformidad con el segundo párrafo del artículo 190 de la Constitución “los actuales departamentos y la provincia constitucional del Callao” constituyen la circunscripción territorial de los gobiernos regionales. Asimismo, según el segundo párrafo del artículo 189 de la Constitución, los departamentos son el “ámbito del nivel regional del gobierno”.