

OPINIÓN N° 013-2019/DTN

Entidad: Provias Descentralizado

Asunto: Impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado

Referencia: a) Oficio N° 1486-2018-MTC/21.OA
b) Oficio N° 027-2019-MTC/21.OA

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina de Administración de PROVIAS DESCENTRALIZADO formula consultas relacionadas a los impedimentos previstos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las 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 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 y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

1. CONSULTAS Y ANÁLISIS

De manera previa, corresponde señalar que con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 —*Decreto Legislativo que modifica la Ley*—, y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF —*Decreto Supremo que modifica el Reglamento*—, cuyas disposiciones rigen a partir de esa fecha salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

En esa medida, considerando que la consulta ha sido formulada con posterioridad a la fecha señalada, el análisis de la presente opinión se desarrollará bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado vigente.

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

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. **“¿Una persona jurídica que tuvo como integrante de sus órganos de administración, indistintamente, a un Director(a), Gerente(a) General, Gerente(a) de Administración, que mantiene vínculo conyugal con un(una) Congresista de la República, durante y después del ejercicio de los referidos cargos, podrá contratar con el Estado al día siguiente que las facultades del referido integrante haya sido revocada mediante acuerdo de Directorio, no siéndole exigible a la referida empresa que dicho acuerdo sea inscrito en los registros públicos?”** (Sic).

2.1.1. De manera previa, resulta pertinente señalar que, conforme a lo indicado en los antecedentes de la presente Opinión, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y **alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas de manera general, sin hacer alusión a situaciones concretas o específicas; en ese sentido, a este despacho no le corresponde determinar *-conforme a la normativa de la materia-* el momento en que determinados cargos en una sociedad concluyen, toda vez que ello excede la habilitación legal conferida a través del literal o) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación se brindarán alcances generales sobre los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado, previstos en los literales a), h) y k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

2.1.2. En primer lugar, es importante precisar que la normativa de contrataciones del Estado² 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 del Estado.

Al respecto, debe indicarse que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal — *Libertad de concurrencia*³, *Igualdad de trato*⁴, *Transparencia*⁵, *Competencia*⁶—,

² La normativa de contrataciones del Estado está conformada por la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF; y demás normas regulatorias aprobadas por el OSCE.

³ Por el Principio de Libertad de concurrencia, 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.

⁴ Por el Principio de Igualdad de trato, 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 situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que este trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

⁵ Por el Principio de Transparencia, 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.

⁶ Por el Principio de Competencia, los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer

así como los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

De esta manera, toda vez que en el ordenamiento jurídico nacional rige el Principio de Inaplicabilidad por Analogía de las Normas que Establecen Excepciones o Restringen Derechos⁷, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado, solo pueden ser establecidos mediante ley y no pueden ser aplicados a supuestos distintos a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

Así, 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 mismo que establece un listado de personas que, por diversas circunstancias, no pueden participar en dichas contrataciones.

2.1.3. En ese contexto, el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en las contrataciones del Estado, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable (incluyendo las contrataciones previstas en el literal a) del artículo 5 de la Ley), *"En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, **los Congresistas de la República**, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos."* (El resaltado es agregado).

De la norma citada, se advierte que la Ley establece un impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista **a los más altos funcionarios del Estado** - entre los que se encuentran **los Congresistas de la República**-, en razón de dos criterios: el ámbito y el tiempo.

En virtud del ámbito, el impedimento de estos funcionarios se extiende a todo proceso de contratación pública a nivel nacional; y, en virtud del tiempo, el impedimento se extiende desde que asumen su cargo hasta los doce (12) meses posteriores a que dejen dicho cargo.

2.1.4. Por su parte, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, cualquiera sea el régimen legal de contratación (incluidas las contrataciones previstas en el literal a) del artículo 5 de la Ley), *"En el ámbito y tiempo establecidos para las **personas naturales señaladas en los literales precedentes**, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad."* (El resaltado es agregado).

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.

⁷ El numeral 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú prevé: "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".

Ahora bien, debe destacarse que la configuración de este impedimento, así como su ámbito y tiempo, depende de la verificación de otro impedimento –*alguno de los previstos en los literales a) al g)* – del cual se deriva. Así, para determinar si una persona se encuentra incurso en este impedimento, primero debe establecerse si su cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad es una persona impedida conforme a los literales a) al g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, así como el ámbito y tiempo de su impedimento.

En consecuencia, los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en el literal a) del artículo 1 de la Ley, –*como por ejemplo los Congresistas de la República*– se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en toda contratación pública a nivel nacional, hasta los doce (12) meses posteriores a la fecha en que dichos funcionarios culminen el ejercicio de su cargo.

- 2.1.5. Por otro lado, el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cualquiera sea el régimen legal de contratación (incluidas las contrataciones previstas en el literal a) del artículo 5 de la Ley), “*En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas.* (...)”. (El subrayado es agregado).

Del citado literal se advierte que las personas jurídicas cuyo(s) integrante(s) de los órganos de administración, apoderado(s) o representante(s) legal(es) sea(n) alguna(s) de las personas indicadas en los literales del a) al j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, también se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en el mismo ámbito que el previsto en tales literales.

Conforme a lo anterior, la normativa de contrataciones del Estado establece que se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas aquellas personas jurídicas que tengan como integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal a alguno de los funcionarios comprendidos en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley o a su cónyuge, conviviente y/o pariente hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, **salvo que alguna de estas personas ya no forme parte de la persona jurídica.**

Por lo tanto, en caso que el cónyuge, conviviente y/o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del funcionario comprendido en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, deje de ser integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal de la persona jurídica, **esta dejará de estar impedida** de ser participante, postora, contratista y/o subcontratista en todo proceso de contratación pública.

- 2.1.6. Ahora bien, a efectos de determinar la fecha en la que el integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal de la persona jurídica deja el

respectivo cargo y la eficacia de esta medida, debe analizarse la normativa de la materia que regula la revocación o renuncia de dichos cargos, no correspondiendo a este Organismo Técnico Especializado pronunciarse sobre el particular.

Por otro lado, es preciso mencionar que el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece un listado de personas –naturales o jurídicas- que, por diversas circunstancias, se encuentran impedidas de participar en los distintos procesos de contratación pública. Así, en caso el cónyuge, conviviente y/o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del funcionario comprendido en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley deje de ser integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal de la persona jurídica y con ello libere a dicha persona del impedimento previsto en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, es necesario analizar si se configura alguno de los otros impedimentos previstos en la mencionada norma.

2.2. “¿La referida persona jurídica para contratar con el Estado, deberá esperar hasta doce (12) meses después de que las facultades de cualquiera de los integrantes de sus órganos de administración antes mencionados hayan sido revocadas?” (Sic).

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, el impedimento previsto en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se configura cuando una persona jurídica **cuenta** con uno o más integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales que sea alguna de las personas señaladas en los literales del a) al j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, salvo que alguna de estas personas ya no forme parte de la persona jurídica, ya que dicha renuncia o remoción libera del referido impedimento a la mencionada persona jurídica.

En ese sentido, producida dicha renuncia o remoción al cargo dentro de la persona jurídica, esta última dejará de estar impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, no extendiéndose dicho impedimento hasta los doce (12) meses posteriores a que las facultades de cualquiera de los integrantes de sus órganos de administración antes mencionados hayan sido revocadas, ya que ello no ha sido previsto en la Ley.

2.3. “¿De ser afirmativa la pregunta que antecede, el plazo de doce (12) meses antes mencionado deberá computarse a partir de la fecha en que el Directorio de la persona jurídica acuerda revocar las facultades de cualquiera de los integrante de sus órganos de administración o desde la fecha en que se inscribe dicho acuerdo en los registros públicos?” (Sic).

Conforme se indicó al absolver la primera consulta, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado solo pueden ser establecidos mediante ley y no pueden ser aplicados a supuestos distintos a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

En ese sentido, en vista que el impedimento previsto en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley no ha considerado la posibilidad de extender el

mismo hasta los doce (12) meses posteriores a que las facultades de cualquiera de los integrantes de sus órganos de administración hayan sido revocadas, dicha condición no resulta exigible.

Finalmente, debe reiterarse que no corresponde a este Organismo Técnico Especializado determinar la fecha en que resulta efectiva la revocación de facultades de los integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de la persona jurídica, correspondiendo analizar la normativa de la materia.

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** El impedimento previsto en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se configura cuando una persona jurídica cuenta con uno o más integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales que sea alguna de las personas señaladas en los literales del a) al j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, salvo que alguna de estas personas ya no forme parte de la persona jurídica, ya que dicha renuncia o remoción libera del referido impedimento a la mencionada persona jurídica.
- 3.2.** Producida dicha renuncia o remoción al cargo dentro de la persona jurídica, esta última dejará de estar impedida para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, no extendiéndose dicho impedimento hasta los doce (12) meses posteriores a que las facultades de cualquiera de los integrantes de sus órganos de administración antes mencionados hayan sido revocadas, ya que ello no ha sido previsto en la Ley.
- 3.3.** No corresponde a este Organismo Técnico Especializado determinar la fecha en que resulta efectiva la revocación de facultades de los integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de la persona jurídica, correspondiendo analizar la normativa de la materia.

Jesús María, 21 de enero de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.