

OPINIÓN N° 020-2019/DTN

Solicitante: Mateo La Torre Ruiz de los Llanos.

Asunto: Alcance de los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado

Referencia: Documento s/n de fecha 14.DIC.2018

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Señor Mateo La Torre Ruiz de los Llanos consulta sobre la aplicación de los impedimentos para contratar con el Estado previstos en la normativa de 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 (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, 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.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 *"¿Qué pasa si una empresa estatal –como las Cajas Municipales– no utiliza fondos públicos para la contratación de sus bienes y servicios? ¿También aplica el impedimento para contratar con el Estado?"* (Sic).

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

2.1.1 En primer lugar, corresponde indicar que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a asuntos concretos**; en tal sentido, este Organismo Técnico Especializado no puede definir si determinada institución debe aplicar los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley bajo cierto contexto en particular.

Siendo así, a continuación se efectuarán precisiones de carácter general sobre el alcance de los impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista en las contrataciones del Estado, previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

2.1.2 Al respecto, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en ésta pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

En relación con lo anterior, 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 nacional consagrados en el Título III de la

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 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.

Constitución Política del Perú.

En esa medida, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley.

Conforme a ello, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones públicas se encuentran recogidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el mismo que contiene un listado de personas que, por diversas circunstancias, se encuentran imposibilitados de participar en las contrataciones del Estado.

- 2.1.3 Dicho lo anterior, es importante precisar que de conformidad con lo señalado en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los impedimentos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista, son de aplicación para las contrataciones que realiza el Estado, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable.

Al respecto, corresponde señalar que 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 de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad*— y la observancia de los principios básicos señalados en el numeral 2.1.2, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios y obras que se realizan con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados mediante ley.

Sobre esa línea, es preciso mencionar que el artículo 3 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: (i) uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y, (ii) un criterio objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito; siendo que, para verificar el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ambos elementos deben presentarse en forma concurrente.

Así, el numeral 3.1 del artículo 3 establece un listado de los tipos de órganos u organismos de la Administración Pública que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado, denominándolos “Entidades”⁷.

Por su parte, el numeral 3.3 señala que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.

Por todo lo expuesto, se desprende que una contratación se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, cuando ésta –

⁷ Adicionalmente, el numeral 3.2 del referido artículo 3 señala que el mismo tratamiento de Entidad se le otorga a las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados.

al amparo de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú— tiene por objeto que una Entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.

Sobre este último punto, es importante mencionar que este Organismo Técnico Especializado carece de competencia para establecer si determinados ingresos de una Entidad constituyen o no fondos públicos, aspecto que corresponde ser definido por la Dirección Nacional de Presupuesto Público⁸ del Ministerio de Economía y Finanzas, que a través de su Dirección de Normatividad, tiene entre sus funciones: “*Absolver las consultas relacionadas a la normatividad presupuestaria que formulen las entidades del sector público*”.

2.1.4 Por otra parte, los artículos 4 y 5 de la Ley establecen de forma expresa los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado –*con y sin supervisión del OSCE*– pese a converger en dichos supuestos los aspectos subjetivo y objetivo para la aplicación de dicha normativa.

Asimismo, **mediante ley** pueden establecerse supuestos de inaplicación adicionales a los establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley, así como regímenes especiales de contratación, a efectos de que determinadas Entidades y/o contrataciones puedan sujetarse a mecanismos de adquisición distintos a los regulados en la normativa de contrataciones del Estado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “*(...) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.*”⁹ (El subrayado es agregado).

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada, independientemente que una contratación se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, excluida de dicho ámbito o se efectúe al amparo de regímenes legales de contratación de carácter especial, la Entidad debe realizarla de conformidad con los principios que rigen toda contratación pública.

⁸ El artículo 3 de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece que la Dirección Nacional del Presupuesto Público es “*la más alta autoridad técnico-normativa en materia presupuestaria, mantiene relaciones técnico-funcionales con la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en la Entidad Pública y ejerce sus funciones y responsabilidades de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público - Ley N° 28112.*”

⁹ Numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

2.1.5 Sin menoscabo de lo antes mencionado, debe indicarse que existen contrataciones cuyo marco legal no está constituido por el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, lo que implica que, en principio tales contrataciones se rigen por un marco legal diferente cuyo análisis excede las competencias de este Organismo Técnico Especializado.

En razón de lo anterior, puede concluirse que están fuera del ámbito de la normativa de contrataciones del Estado las contrataciones que:

- (i) Están expresamente excluidas por la Ley.
- (ii) Pertenece a un régimen legal de contratación distinto a la Ley pero bajo el marco del artículo 76 de la Constitución Política del Perú.
- (iii) Pertenece a un régimen legal que está fuera del marco del artículo 76 de la Constitución Política del Perú.

De esta manera, dado que las contrataciones realizadas por las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito se realizan al amparo de un marco legal que no forma parte de la normativa de contrataciones del Estado (Ley N° 29523)¹⁰, no puede ser objeto de análisis por parte de esta Dirección.

En adición a ello, resulta importante considerar que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley establece que la normativa de contrataciones del Estado resulta de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujeten a un régimen legal de contratación, -más aún si en dicho régimen se establece tal supletoriedad- siempre que esta aplicación supletoria no resulte incompatible con las normas específicas del referido régimen y sirva para cubrir un vacío o deficiencia.

Por las consideraciones expuestas, para poder determinar si a las contrataciones realizadas por las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito resultan aplicables los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, corresponde verificar si este régimen se enmarca dentro de lo establecido artículo 76 de la Constitución Política del Perú y si, además, la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado no resulta incompatible con las normas específicas que lo regulan.

2.2 “¿La inhabilitación de una empresa para contratar con el Estado se extiende a las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito?” (Sic).

2.2.1 Al respecto, debe indicarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley, el Tribunal de Contrataciones del Estado puede imponer sanción administrativa al proveedor, participante, postor o contratista que incurra en alguna de las infracciones establecidas en el numeral 50.1 de dicho artículo; entre estas sanciones se encuentran la inhabilitación temporal o definitiva, consistente en la privación, por un periodo determinado o indeterminado, del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para

¹⁰ Ley de mejora de la competitividad de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito del Perú.

implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado.

En ese mismo sentido, el literal l) del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas "*Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto en la presente norma y su reglamento*". (El resaltado es agregado).

Como se puede advertir, la sanción de inhabilitación (temporal o definitiva) que impone el Tribunal de Contrataciones del Estado a un determinado proveedor (persona natural o jurídica), impide que éste participe en procedimientos de selección y/o contrate con el Estado. De este modo, se le restringe el acceso al mercado de compras públicas evitando que le pueda vender u ofertar bienes, servicios y obras a las entidades del Estado.

Ahora bien, en atención a la consulta planteada, debe reiterarse que para poder determinar si a las contrataciones realizadas por las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito resultan aplicables los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, corresponde verificar si este régimen se enmarca dentro de lo establecido artículo 76 de la Constitución Política del Perú y si además la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado no resulta incompatible con las normas específicas que lo regulan.

2.3 *¿La inhabilitación también se extiende a otras modalidades de contratación en las que no se aplica la Ley de Contrataciones del Estado (por ejemplo, para contratar con SENATI, Universidades Nacionales o para contrataciones en las que interviene UNOPS)? (Sic).*

Sobre el particular, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a asuntos concretos o particulares**; en tal sentido, en vía de opinión, este Organismo Técnico Especializado no tiene competencia para definir si los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley resultan aplicables a determinados supuestos excluidos o regímenes especiales de contratación, pues ello excede la habilitación legal establecida en el literal o) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo señalado, debe reiterarse que de acuerdo a lo señalado al absolver la consulta anterior, **mediante ley** pueden establecerse supuestos de inaplicación adicionales a los establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley, así como regímenes especiales de contratación, a efectos de que determinadas Entidades y/o contrataciones puedan sujetarse a mecanismos de adquisición distintos a los regulados en la normativa de contrataciones del Estado; asimismo, pueden llevarse a cabo ciertas contrataciones cuyo régimen legal que no se encuentre dentro del alcance de lo establecido en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú.

En esa medida, si bien el artículo 11 de la Ley establece que los impedimentos resultan aplicables cualquiera sea el régimen legal de contratación, deberá evaluarse las particularidades que presente cada supuesto excluido o régimen especial de contratación, a efectos de determinar si éste se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú y si además la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado no resulta incompatible con las normas específicas que lo regulan.

3 CONCLUSIONES

- 3.1 Si bien el artículo 11 de la Ley establece que los impedimentos resultan aplicables cualquiera sea el régimen legal de contratación, deberá evaluarse las particularidades que presente cada supuesto excluido o régimen especial de contratación, a efectos de determinar si este se enmarca dentro de lo establecido artículo 76 de la Constitución Política del Perú y si además la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado no resulta incompatible con las normas específicas que lo regulan.
- 3.2 Independientemente que una contratación se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, excluida de dicho ámbito o se efectúe al amparo de regímenes legales de contratación de carácter especial, debe realizarse de conformidad con los principios que rigen toda contratación pública.

Jesús María, 28 de enero de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.