

OPINIÓN N° 027-2020/DTN

Solicitante: Hernández Humire Abogados S.A.C

Asunto: Aplicación de impedimentos para intervenir en procesos de contratación con el Estado

Referencia: Documento s/n de recibido 03.FEB.2020.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante legal de la Empresa Hernández Humire Abogados S.A.C formula una consulta relacionada con la aplicación de los impedimentos para intervenir en los procesos de contratación con el Estado, en el caso de contrataciones por montos iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias.

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, Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1444; así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la consulta planteada, para su absolución se entenderá por:

- “**Anterior Ley**”, a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873.
- “**Anterior Reglamento**”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias.

2.1. “¿Son aplicables los impedimentos previstos en el literal d) concordado con el literal f) del Art. 10, a las contrataciones menores a 3 UIT, teniendo en consideración los supuestos de inaplicación previstos en el Art. 3.3, literal i)?”

2.1.1. En primer lugar, es importante precisar que la anterior normativa de contrataciones del Estado permitía que toda persona, natural o jurídica, que

cumpliera con los requisitos previstos en dicha normativa, pudiera ser participante, postor, y/o contratista en los procesos de contratación que las Entidades llevaban a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de los fines públicos a su cargo; **salvo que aquella se encontrara inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la anterior Ley.**

Al respecto, cabe anotar que el libre acceso a las contrataciones públicas tenía su fundamento en los principios que inspiraban el sistema de contratación estatal - Libre Concurrencia y Competencia¹, Publicidad², Transparencia³, Trato Justo e Igualitario⁴, entre otros- así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

En esa medida, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones del Estado solo podían ser establecidos mediante ley. Asimismo, toda vez que en el ordenamiento jurídico nacional rige el Principio de Inaplicabilidad por Analogía de las Normas que Establecen Excepciones o Restringen Derechos⁵, dichos impedimentos no podían ser aplicados por analogía a supuestos distintos a los previstos en la anterior ley.

2.1.2. Ahora bien, entre otros supuestos de impedimentos establecidos en el artículo 10 de la anterior Ley se encontraba el previsto en el literal d), en virtud del cual estaban impedidos *“En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia”*. (El subrayado es agregado).

Por su parte, el literal f) del referido artículo señalaba que también estaban impedidos *“En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”*. (El subrayado es agregado).

¹ “En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.” Literal c) del artículo 4 de la anterior Ley.

² “Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores”. Literal g) del artículo 4 de la anterior Ley.

³ “Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento”. Literal h) del artículo 4 de la anterior Ley.

⁴ “Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas”. Literal k) del artículo 4 de la anterior Ley.

⁵ 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”.

Como se aprecia, los citados impedimentos aplicaban tanto al cónyuge, conviviente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas señaladas en el literal d) del artículo 10 de la anterior Ley, como a éstas últimas, y se circunscribían en el ámbito de la Entidad a la que dichas personas pertenecían.

- 2.1.3. Efectuadas las precisiones precedentes, corresponde anotar que el artículo 3 de la anterior Ley delimitaba el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, tomando en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que debían adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encontraban bajo su ámbito.

En ese contexto, el numeral 3.1 del referido artículo establecía un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública bajo el término genérico de "Entidades", las cuales se encontraban en la obligación de aplicar la anterior normativa de contrataciones del Estado.

Asimismo, el numeral 3.2 del mismo dispositivo señalaba que la anterior normativa de contrataciones del Estado era aplicable a las contrataciones que realizaban las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago de la retribución correspondiente con cargo a fondos públicos⁶.

Por su parte, el numeral 3.3 del artículo en mención establecía supuestos taxativos que, pese a poder cumplir los aspectos subjetivo y/u objetivo para la aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, se encontraban fuera del ámbito de dicha normativa.

Así, aquellas contrataciones que se enmarcaban dentro de los supuestos de inaplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado podían realizarse sin observar sus disposiciones, lo cual no enervaba la obligación de observar los principios que regían todo proceso de contratación pública⁷.

Entre tales supuestos de inaplicación, se encontraba el previsto en el literal i) del numeral 3.3 del artículo 3 de la anterior Ley, el cual excluía del ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado a "Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, lo cual no enerva

⁶ Según el artículo 15 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N° 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

⁷ Principios de Eficiencia, Economía, Imparcialidad, Razonabilidad, entre otros, previstos en el artículo 4 de la anterior Ley.

la responsabilidad de la Entidad de salvaguardar el uso de los recursos públicos de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia. Este supuesto no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo de Convenios Marco, conforme a lo que establezca el reglamento.”⁸. (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, el citado supuesto de inaplicación se configuraba en función del monto de la contratación, independientemente del cuál fuera objeto del contrato (bienes, servicios u obras); de manera que, si el monto de la contratación era igual o inferior a tres (3) Unidades impositivas Tributarias (3 UIT), ésta se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo a la Entidad observar los lineamientos establecidos en sus normas de organización interna para garantizar la eficiencia y transparencia de dicha contratación.

2.1.4. Ahora bien, en relación con el **supuesto de inaplicación** antes citado, corresponde observar si los impedimentos regulados en el artículo 10 de la anterior Ley resultaban aplicables, o no, a las contrataciones cuyos montos eran iguales o inferiores a 3 UIT.

En esa medida y en atención a lo dispuesto en el artículo 10 de la anterior Ley, *cualquiera fuera el régimen legal de contratación aplicable*, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en los procesos de contratación pública eran aplicables tanto al régimen general de contratación pública –constituido por la normativa de contrataciones del Estado- como a los regímenes legales regulados mediante leyes especiales.

De esta manera, la anterior normativa de contrataciones del Estado delimitaba la aplicación de los impedimentos a cualquier régimen legal de contratación aplicable, lo que no incluía aquellas contrataciones cuyos montos fueran iguales o inferiores a 3 UIT, toda vez que éstas últimas constituían un supuesto de inaplicación de dicha normativa y, por tanto, se encontraban excluidas del régimen general de contratación pública, tal como se establecía en el literal i) del numeral 3.3 del artículo 3 de la anterior Ley.

Por tanto, se desprende que el impedimento previsto en el literal d) del artículo 10 de la anterior Ley, concordado con el literal f) del mismo dispositivo, no era aplicable al supuesto establecido en el literal i) del numeral 3.3 del artículo 3 de la anterior Ley, es decir, a las contrataciones cuyos montos fueran iguales o menores a tres (3) UIT⁹.

Sin perjuicio de ello, es importante señalar que si bien dichas contrataciones constituían uno de los supuestos de inaplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, las Entidades tenían la obligación de salvaguardar el uso de los recursos públicos, de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia.

⁸ Literal i) del numeral 3.3 del artículo 3 de la anterior Ley.

⁹ En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 056-2015/DTN.

Así, al realizar tales contrataciones toda Entidad era responsable de velar por el cumplimiento del principio de moralidad, en virtud del cual, las contrataciones debían sujetarse a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad. Además, atendiendo al principio de eficiencia, dichas contrataciones se debían efectuar bajo las mejores condiciones de ejecución y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles, observando los criterios de celeridad, economía y eficacia.

3. CONCLUSIÓN

El impedimento previsto en el literal d) del artículo 10 de la anterior Ley, concordado con el literal f) del mismo dispositivo, no era aplicable al supuesto establecido en el literal i) del numeral 3.3 del artículo 3 de la anterior Ley, es decir, a las contrataciones cuyos montos fueran iguales o menores a tres (3) UIT; sin perjuicio de ello, toda Entidad era responsable de velar por que dichas contrataciones se realizaran con respeto a los principios de moralidad y eficiencia, con el fin de que salvaguardar el uso de los recursos públicos.

Jesús María, 5 de marzo de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA.