

OPINIÓN N° 027-2023/DTN

Solicitante: Municipalidad Provincial de Yauyos

Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista.

Referencia: Formulario S/N de fecha 17.FEB.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Gerente de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial de Yauyos, señora (ita) Karen Silvia Arancibia Sierra, formula varias consultas sobre los impedimentos para parientes por el vínculo de consanguinidad respecto de los literales c) y d) en concordancia con el literal h) 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 numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

Realizadas mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019; Decreto Supremo N° 168-2020-EF, vigente desde el 01 de julio de 2020; Decreto Supremo N° 250- 2020-EF, vigente desde el 05 de setiembre de 2020; Decreto Supremo N° 162-2021-EF, vigente desde el 12 de julio de 2021; Decreto Supremo N°234-2022-EF, vigente desde el 28 de octubre de 2022; y, Decreto Supremo N° 308-2022-EF, vigente desde el 24 de diciembre de 2022.

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y su modificatoria realizada mediante Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “A) *El primo hermano de un regidor, puede contratar con la misma municipalidad donde el regidor ejerce funciones, o estaría impedido*” (Sic)

2.1.1. De manera previa, corresponde señalar que de acuerdo al artículo 76 de la Constitución Política, la **contratación de bienes, servicios y obras que se realizan con cargo a fondos públicos** se efectúa obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo a los procedimientos, excepciones y responsabilidades contemplados en la ley de la materia. En ese marco, la Ley de Contrataciones del Estado es la norma que desarrolla dicho precepto constitucional y juntamente con su Reglamento y las demás normas de carácter obligatorio emitidas por el OSCE, constituyen el régimen general de las contrataciones del Estado.

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, mediante el numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC, en los términos siguientes: “(...) *la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución*”.

En consecuencia, la normativa de contrataciones del Estado es la norma que establece el régimen general de contratación pública; por tanto, **las contrataciones a las que se refiere el artículo 76° de la Constitución**, realizadas por las Entidades Públicas para abastecerse de bienes, servicios u obras, cuyo pago es efectuado con cargo a fondos públicos, se realizan, en principio, aplicando las disposiciones contenidas en el mencionado régimen general. No obstante, el artículo 76 de la Constitución también admite la posibilidad de que, excepcionalmente, mediante norma con rango legal, se establezcan regímenes legales o especiales de contratación, es decir, normas que -siendo distintas de la normativa de Contrataciones del Estado- regulen contrataciones de abastecimiento o aprovisionamiento.

Es importante precisar que tanto el régimen general de contratación pública como los regímenes especiales o legales -dada su naturaleza consistente en regular contrataciones de aprovisionamiento de bienes, servicios y obras- se encuentran dentro del ámbito del Sistema Nacional de Abastecimiento.

2.1.2. Ahora bien, en el proceso de contratación regulado por el régimen general de contrataciones del Estado, es posible que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, 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 artículo 11 de la Ley.

Así, el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley contiene 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.– se encuentran imposibilitadas de participar en las contrataciones del Estado, según se trate del supuesto y su alcance (de carácter temporal y/o territorial).

Al respecto, 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 dispositivo en mención.

Adicionalmente, es pertinente aclarar que, de conformidad con el criterio contenido en la Opinión N°170-2019/DTN, los impedimentos contemplados en el artículo 11 de la Ley, únicamente resultan aplicables a las contrataciones que devienen de lo establecido en el artículo 76 de la Constitución; esto es, a aquellas que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley y el Reglamento, y también a aquellas previstas en regímenes especiales o legales de contratación que se llevan cabo mediante ley especial²; en otras palabras, dichos impedimentos se aplican a las contrataciones que se desarrollan en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento.

- 2.1.3. Entre los referidos impedimentos se tiene el establecido en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por el cual se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas *"Los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y **los Regidores.** Tratándose de los Jueces de las Cortes Superiores y de los Alcaldes, el impedimento aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del 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 Regidores 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 énfasis es agregado).

Por su parte, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que

² Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 19 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004 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." (El énfasis es agregado).

también se encuentran impedidos de participar, formular ofertas, contratar y/o subcontratar con el Estado, “*El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes*”; precisando en su apartado (ii) que “*Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido; (...)*” (El énfasis es agregado).

De lo vertido hasta este punto, se entiende que tanto los Regidores como sus correspondientes parientes hasta el segundo grado de consanguinidad 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 y hasta doce (12) meses después de que dichos Regidores hayan dejado el cargo.

- 2.1.4. Ahora bien, en relación con el ámbito de competencia territorial de los Regidores, resulta pertinente anotar que el artículo 40 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, establece que “*Las municipalidades son órganos de gobierno local que se ejercen en las circunscripciones provinciales y distritales de cada una de las regiones del país, con las atribuciones, competencias y funciones que les asigna la Constitución Política, la Ley Orgánica de Municipalidades y la presente Ley. (...)*” (El subrayado es agregado).

Asimismo, debe indicarse que el artículo 3 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que en razón de su jurisdicción³, las municipalidades se clasifican de la siguiente manera: 1) La municipalidad provincial, sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado; 2) la municipalidad distrital, sobre el territorio del distrito; y, 3) la municipalidad de centro poblado, cuya jurisdicción la determina el respectivo concejo provincial, a propuesta del concejo distrital.

- 2.1.5. Expuesto lo anterior, en atención al tenor de la consulta formulada, debe indicarse que el artículo 236 del Código Civil regula el parentesco consanguíneo de la siguiente manera:

"Parentesco consanguíneo

Artículo 236.- El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos

³ De acuerdo con la definición contemplada en el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española, por “jurisdicción” se entiende a la “*Competencia territorial o personal, en cuanto poder que ejerce un Estado sobre un espacio determinado (...)*” Fuente: <https://dpej.rae.es/lema/juridicci%C3%B3n>.

civiles sólo hasta el cuarto grado.” (El subrayado es agregado).

En relación al artículo citado, y en concordancia con lo expresado en la Opinión N° 114-2015/DTN⁴, los grados de consanguinidad se determinan utilizando la línea directa, que puede ser ascendente o descendente, y la línea colateral.

La línea directa hace referencia al grado de relación que hay entre padres - hijos [descendente] y de nietos - abuelos [ascendente], por ejemplo.

La línea colateral hace referencia al parentesco con personas que no descienden directamente, sino que dependen de algún descendiente directo, como es el caso de los tíos, sobrinos, primos⁵ (primos hermanos⁶), etc. Respecto de la determinación del grado, el dispositivo citado indica que se determina *subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro*.

Considerando las reglas de determinación de parentesco contemplada en el citado artículo 236 del Código Civil, y en relación con la consulta formulada, se puede concluir que el primo hermano de un determinado sujeto es su pariente consanguíneo en cuarto grado.

- 2.1.6. De esta forma, se puede afirmar que, los primos hermanos de un Regidor -al ser parientes en cuarto grado de consanguinidad de este último- **no** se encuentran comprendidos dentro del impedimento previsto en el acápite ii) del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, es decir, sin menoscabo de que los impedimentos del artículo 11 de la Ley, se apliquen –en principio- a las contrataciones inscritas dentro del Sistema Nacional de Abastecimiento, debe mencionarse que es posible que existan disposiciones legales distintas de la Ley de Contrataciones del Estado que establezcan restricciones a determinadas personas para efectuar determinadas contrataciones de abastecimiento ante entidades públicas. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley N° 26771 que extiende la prohibición para la designación o contratación (como personal) de familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad a contrataciones “de locación de servicios, contratos de consultoría y otros de naturaleza similar”⁷. Estas disposiciones, en tanto son

⁴ Cabe precisar que la referida Opinión fue emitida bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigentes desde el 13 de febrero de 2009 hasta el 8 de enero de 2016. Normativa bajo la cual el impedimento para los Regidores y los Consejeros de los Gobiernos Regionales, se extendía a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; no obstante, dicha normativa actualmente se encuentra derogada.

⁵ El diccionario de la Real Academia Española, define al término “primo”, en su tercera acepción, como: “Hijo del tío de una persona.” Fuente: <https://dle.rae.es/primo?m=form>

⁶ El diccionario de la Real Academia Española, define al término “primo hermano”, como: “Hijo del tío carnal de una persona.” Fuente: <https://dle.rae.es/primo?m=form>

⁷ “**Artículo 1.-** Los funcionarios, directivos y servidores públicos, y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de nombrar, contratar o inducir

restricciones contempladas en una norma con rango legal deben ser observadas, sin perjuicio, del alcance de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

2.2. ***“B) El primo hermano de un consejero regional, puede contratar con el mismo gobierno regional donde el consejero ejerce funciones, o estaría impedido”*** (Sic)

2.2.1. Al respecto, cabe indicar que 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).

Por su parte, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que también se encuentran impedidos de participar, formular ofertas, contratar y/o subcontratar con el Estado, ***“El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes”***; precisando en su apartado (ii) que ***“Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido; (...)”*** (El énfasis es agregado).

De los dispositivos citados se advierte que, **tanto los consejeros de los Gobiernos Regionales como sus correspondientes parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad** 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**⁸ y

a otro a hacerlo en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho, convivencia o ser progenitores de sus hijos.

Para los efectos de la presente ley, el parentesco por afinidad se entiende también respecto del concubino, conviviente y progenitor del hijo.

Extiéndase la prohibición a la suscripción de contratos de locación de servicios, contratos de consultoría y otros de naturaleza similar.”

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”.

hasta doce (12) meses después de que dichos Consejeros de los Gobiernos Regionales hayan dejado el cargo.

- 2.2.2. Ahora bien, en relación al ámbito de competencia territorial de los Consejeros de los Gobiernos Regionales, el numeral 7.2 del artículo 7 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, establece lo siguiente: “*El gobierno nacional tiene jurisdicción en todo el territorio de la República; los gobiernos regionales y los gobiernos municipales la tienen en su respectiva circunscripción territorial.*”⁹ (El subrayado es agregado).

Aunado a ello, 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 subrayado es agregado).

Asimismo, es importante precisar que el ámbito de influencia¹⁰ que ostentan los Consejeros de los Gobiernos Regionales –en atención de la autoridad que la ley les confiere– comprende a todas aquellas Entidades dentro de su respectiva jurisdicción, sea que éstas dependan o no del referido Gobierno Regional.

- 2.2.3. En consecuencia, teniendo en cuenta el análisis sobre el parentesco consanguíneo ya precisado al absolver la primera consulta y considerando que el impedimento aplicable a los parientes de los Consejeros Regionales comprende al primer y segundo grado de consanguinidad o afinidad; **los primos hermanos de los Consejeros de los Gobiernos Regionales, al ser parientes de estos últimos en cuarto grado de consanguinidad, no se encuentran comprendidos dentro del mencionado acápite ii del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.**

Dicho esto, corresponde reiterar que, sin menoscabo de que los impedimentos del artículo 11 de la Ley, se apliquen –en principio- a las contrataciones inscritas dentro del Sistema Nacional de Abastecimiento, debe mencionarse que es posible que existan disposiciones legales distintas de la Ley de Contrataciones del Estado que establezcan restricciones a determinadas personas para efectuar determinadas contrataciones de abastecimiento ante entidades públicas. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley N° 26771 que extiende la prohibición para la designación o contratación (como personal) de familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad a contrataciones “de locación de servicios, contratos de consultoría y otros de naturaleza similar”. Estas disposiciones, en tanto, son restricciones contempladas en una norma con rango legal deben ser observadas,

⁹ El artículo 28 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización precisa que “*Las regiones son unidades territoriales geoeconómicas, con diversidad de recursos, naturales, sociales e institucionales, integradas histórica, económica, administrativa, ambiental y culturalmente, que comportan distintos niveles de desarrollo, especialización y competitividad productiva, sobre cuyas circunscripciones se constituyen y organizan gobiernos regionales.*” (El subrayado es agregado).

¹⁰ Según el diccionario de la Real Academia Española, el término “influencia”, en su tercera acepción, significa: “*Persona con poder o autoridad con cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio*”. Fuente: <https://dle.rae.es/?w=influencia>.

sin perjuicio, del alcance de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

2.3. ***“C) De no encontrarse impedido el primo hermano de un regidor y/o consejero regional, entonces este podría contratar también con otras entidades públicas del mismo ámbito de competencia de la municipalidad y/o gobierno regional.”***
(Sic)

2.3.1. Tal y como se indicó al absolver las consultas anteriores, teniendo en cuenta que el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, respecto al vínculo de consanguinidad, comprende al primer y segundo grado de parentesco; los parientes del cuarto grado de consanguinidad de los Regidores y los Consejeros de los Gobiernos Regionales, (como por ejemplo, los primos hermanos), no se encuentran comprendidos dentro del impedimento contemplado en el acápite ii del referido literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

No obstante, corresponde reiterar que, sin menoscabo de que los impedimentos del artículo 11 de la Ley, se apliquen –en principio- a las contrataciones inscritas dentro del Sistema Nacional de Abastecimiento, debe mencionarse que es posible que existan disposiciones legales distintas de la Ley de Contrataciones del Estado que establezcan restricciones a determinadas personas para efectuar determinadas contrataciones de abastecimiento ante entidades públicas. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley N° 26771 que extiende la prohibición para la designación o contratación (como personal) de familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad a contrataciones “de locación de servicios, contratos de consultoría y otros de naturaleza similar”¹¹. Estas disposiciones, en tanto son restricciones contempladas en una norma con rango legal deben ser observadas, sin perjuicio, del alcance de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

CONCLUSIONES

3.1. Los primos hermanos de un Regidor -al ser parientes en cuarto grado de consanguinidad de este último- **no** se encuentran comprendidos dentro del impedimento previsto en el acápite ii) del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

¹¹ “**Artículo 1.-** Los funcionarios, directivos y servidores públicos, y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de nombrar, contratar o inducir a otro a hacerlo en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho, convivencia o ser progenitores de sus hijos.

Para los efectos de la presente ley, el parentesco por afinidad se entiende también respecto del concubino, conviviente y progenitor del hijo.

Extiéndase la prohibición a la suscripción de contratos de locación de servicios, contratos de consultoría y otros de naturaleza similar.”

- 3.2. Los primos hermanos de los consejeros de los Gobiernos Regionales, al ser parientes de estos últimos en cuarto grado de consanguinidad, **no** se encuentran comprendidos dentro del mencionado acápite ii del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.
- 3.3. Sin menoscabo de que los impedimentos del artículo 11 de la Ley, se apliquen – en principio- a las contrataciones inscritas dentro del Sistema Nacional de Abastecimiento, debe mencionarse que es posible que existan disposiciones legales distintas de la Ley de Contrataciones del Estado que establezcan restricciones a determinadas personas para efectuar determinadas contrataciones de abastecimiento ante entidades públicas. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley N° 26771 que extiende la prohibición para la designación o contratación (como personal) de familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad a contrataciones “de locación de servicios, contratos de consultoría y otros de naturaleza similar”. Estas disposiciones, en tanto son restricciones contempladas en una norma con rango legal deben ser observadas, sin perjuicio, del alcance de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

Jesús María, 7 de marzo de 2023



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 08.03.2023 10:54:15 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/bdh