

OPINIÓN N° 028-2022/DTN

Entidad: Contrataciones, Proyectos & Infraestructura Legal S.A.C.

Asunto: Inhabilitación para contratar con el Estado

Referencia: Formulario S/N de fecha 17.MAR.2022 - Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Representante Legal de la Empresa Contrataciones, Proyectos & Infraestructura Legal S.A.C., formula varias consultas relacionadas con la inhabilitación para contratar con el Estado sus efectos respecto del registro de ciertas actuaciones en el SEACE.

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 en términos genéricos y vinculadas 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 modificatorias.

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

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que la consulta N° 6 no se encuentra referida al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que busca que el OSCE determine si, en el contexto de una situación particular, la suscripción de un contrato de obra pública en el marco de la vigencia de una medida cautelar que suspende los efectos jurídicos de una sanción por inhabilitación temporal, constituye -o no- una fracción administrativa, situación que excede la habilitación legal otorgada a este Organismo Técnico Especializado través del literal n) del artículo 52 de la Ley y, por tal motivo, dicha consulta no podrá ser absuelta en la presente opinión.

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N°377-2019-EF, el Decreto Supremo N° 250-2020-EF y Decreto Supremo N° 162-2021-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿Es posible que el SEACE permita el registro de un participante que se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado?”

2.1.1. En primer término, cabe señalar que el OSCE tiene entre sus funciones, desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE) de acuerdo con lo previsto en el literal i) del artículo 52 de la Ley.

Para tal efecto, de conformidad con en el numeral 47.1 del artículo 47 de la Ley, el SEACE permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

Por su parte, el numeral 25.1. del artículo 25 del Reglamento establece que las Entidades están obligadas a registrar en el SEACE, dentro de los plazos establecidos, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados, conforme se establece en la Ley, en el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE.

Al respecto, la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD “Disposiciones aplicables para el acceso y registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE” (en adelante, la “Directiva”) indica en el literal A del numeral 11.2.2.2 de su acápite XI que los proveedores que deseen participar en algún procedimiento de selección, deben registrarse a través del SEACE conforme a las reglas del procedimiento de selección que corresponda, debiendo contar para ello con inscripción vigente en el RNP, conforme al objeto de la contratación, y no encontrarse incurso en ninguna de las causales de impedimento establecidas en la Ley.

Por su parte, el literal B del mismo numeral, establece taxativamente que **el SEACE restringe el registro de aquellos proveedores** que i) no cuenten con inscripción vigente en el RNP, ii) que su registro no corresponda al objeto del procedimiento, o iii) **se encuentre suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado.**

Adicionalmente, cabe mencionar que el numeral 9.9 del artículo 9 del Reglamento dispone que “*Los proveedores son responsables de no estar impedidos, al registrarse como participantes, en la presentación de ofertas, en el otorgamiento de la buena pro y en el perfeccionamiento del contrato.*” (El subrayado es agregado)

Llegado a este punto, cabe mencionar que los impedimentos para ser participante,

postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones públicas se encuentran establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el mismo que contiene un listado de personas que se encuentran imposibilitados de participar en las contrataciones del Estado, así, entre estos impedimentos, se encuentra el contenido en el literal l) que restringe la participación en todo proceso de contratación a las personas naturales o jurídicas **inhabilitadas** o suspendidas para contratar con el Estado.

Como puede apreciarse, la Directiva ha señalado de manera taxativa que el SEACE restringe el registro *-en el procedimiento de selección-* de aquellos proveedores (personas naturales o jurídicas) que se encuentren suspendidos o **inhabilitados** para contratar con en el Estado.

2.2 *“¿Es posible que el SEACE permita el registro de la oferta de un participante que se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado?”*

2.2.1. Como ya se ha indicado en la consulta anterior, las Entidades están obligadas a registrar en el SEACE, dentro de los plazos establecidos, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados, conforme se establece en la Ley, en el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE.

Asimismo, el numeral 47.2 del artículo 47 de la Ley indica que se deben registrar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), todos los documentos vinculados al proceso, incluyendo modificaciones contractuales, laudos, conciliaciones, entre otros.

Por su parte, el artículo 73 del Reglamento ha establecido que la presentación de las ofertas, en el marco de los procedimientos de selección establecidos en la normativa de contrataciones del Estado vigente, debe realizarse de manera electrónica a través del SEACE durante el período establecido en la convocatoria.

Asimismo, la Directiva ha establecido en el literal C del numeral 11.2.2.3. de su acápite XI que el SEACE restringe el registro de la oferta de aquellos participantes, incluyendo a los consorcios y sus integrantes, que i) no cuentan con inscripción vigente en el RNP, ii) que su registro no corresponda al objeto del procedimiento, o iii) se encuentre suspendido o **inhabilitado** para contratar con el Estado.

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, el SEACE restringe el registro de la oferta para aquellos postores que se encuentren inhabilitados (de manera temporal o definitiva) para contratar con el Estado.

2.3 *“¿Es posible que el SEACE permita el registro y consentimiento de la Buena Pro de un adjudicatario que se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado?”*

2.3.1. En principio, corresponde señalar que el artículo 50 de la Ley establece que el

Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano competente para sancionar a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas, según corresponda, cuando éstos incurran en alguna de las infracciones que prevé su numeral 50.1.

Así, entre las sanciones que puede imponer el Tribunal de Contrataciones del Estado se encuentran la “Inhabilitación temporal” y la “Inhabilitación definitiva”, las cuales consisten en la privación, por un período determinado o de manera permanente, respectivamente, del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado.

Al respecto, como se ha advertido en la primera interrogante, el literal l) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que **se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado**, “*En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas **inhabilitadas o suspendidas** para contratar con el Estado*”. (El resaltado y subrayado son agregados).

En ese sentido, ningún participante que se encuentre inhabilitado o suspendido por imposición del Tribunal de Contrataciones del Estado, puede ser participante, postor, contratista y/o subcontratista de los procedimientos de contratación que convoquen las Entidades del Estado.

- 2.3.2. Por su parte, la Directiva es expresa respecto de las reglas que deben tomarse en cuenta para registrar las actuaciones del proceso de contratación, entre ellas, el otorgamiento de la buena pro. Así, el primer párrafo del literal f) del numeral 11.2.3. del acápite XI dispone que **la buena pro debe registrarse en el SEACE en el día establecido en el cronograma correspondiente**, registrando la información del acta de otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo detallando los resultados de la calificación y evaluación.

A su vez, el **consentimiento del otorgamiento de la buena pro** se produce cuando transcurrido el plazo previsto en los numerales 64.1. y 64.2. del artículo 64 del Reglamento, no se haya interpuesto recurso de apelación, o este queda administrativamente firme². Así, de conformidad con el numeral 64.4. del artículo 64 del Reglamento, **el consentimiento del otorgamiento de la buena pro es publicado en el SEACE al día siguiente de producido el mismo.**

Ahora bien, la Directiva ha establecido en el primer párrafo del literal f) del numeral 11.2.3. de su acápite XI que el SEACE restringe **el registro de la buena pro** de aquel postor *-incluyendo al consorcio y sus integrantes-* que no cuentan con

² Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, la Buena Pro queda **administrativamente firme** cuando habiéndose presentado un recurso de apelación, ocurre alguno de los siguientes supuestos: i) Se publica en el SEACE que el recurso de apelación ha sido declarado como no presentado o improcedente; ii) Se publica en el SEACE la resolución que otorga y/o confirma la buena pro; y iii) Opera la denegatoria ficta del recurso de apelación.

inscripción vigente en el RNP, que su registro no corresponda al objeto del procedimiento, **o se encuentre suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado.**

Por otro lado, si bien no se establecen restricciones expresas para el registro del consentimiento de la buena pro, se puede inferir que, tanto el otorgamiento de la buena pro como su consentimiento son actos directamente vinculados, supeditados el uno al otro; así, el registro del consentimiento de la buena pro solo podrá realizarse luego de registrado su otorgamiento, siempre que el postor adjudicado cuente con inscripción vigente en el RNP, su registro corresponda al objeto del procedimiento y **no se encuentre suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado.**

2.4. ***“¿Es posible la emisión de la Constancia de Capacidad Libre de Contratación de un adjudicatario que se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado?”***

2.4.1. En principio cabe señalar que el numeral 20.1 del artículo 20 del Reglamento define a la constancia de capacidad libre de contratación como “(...) *el documento expedido por el OSCE que certifica el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación, hasta por el cual puede contratar un ejecutor de obras, acreditando con ello que el ejecutor de obras cuenta con capacidad suficiente para perfeccionar el contrato. Asimismo, de ser el caso, recoge información de los actos judiciales que suspenden la sanción impuesta por el Tribunal u otros organismos autorizados por ley.*”

Asimismo, de conformidad con el numeral 20.2 del referido artículo, dicho documento es emitido por el RNP a partir del registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, siempre que no se encuentre en aquellos supuestos establecidos en el literal c) del artículo 52 de la Ley³.

Por su parte, el Anexo N° 2 del Reglamento, “Anexo de Procedimientos” ha definido específicamente las condiciones necesarias que debe cumplir el proveedor para solicitar la Constancia de Capacidad de Libre Contratación; tales como,

- i) Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores como ejecutor de obras;
- ii) **No encontrarse sancionado por el Tribunal;**
- iii) Figurar como adjudicatario de la buena pro consentida en la ficha del procedimiento del SEACE;
- iv) El procedimiento de selección no debe encontrarse suspendido por una acción de supervisión del OSCE;

³ **“Artículo 52. Funciones**

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tiene las siguientes funciones:

(...)

c) Suspender procedimientos de selección en los que durante el procesamiento de la acción de supervisión se identifique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la Entidad continúe con el procedimiento.”

- v) Que el proveedor cuente con la capacidad libre de contratación necesaria por el monto con el cual participa en el procedimiento de selección; y, en el caso de consorcios, por el monto del porcentaje de obligaciones y
- vi) Haber efectuado la declaración de récord de obras, por lo menos, hasta el antepenúltimo mes anterior a la fecha de presentación de la solicitud.

2.4.2. Como se puede apreciar, la normativa de contrataciones del Estado ha dispuesto que la emisión de la Constancia de Capacidad de Libre Contratación, se expide siempre que se verifique que el solicitante cumpla con las condiciones establecidas en el Anexo de Procedimientos del Reglamento, entre ellas, **no encontrarse sancionado por el Tribunal de Contrataciones del Estado.**

2.5. *“¿Es posible que un postor sancionado con inhabilitación temporal, que cuenta con una medida cautelar judicial que suspende los efectos de dicha sanción, pueda continuar participando en procesos de selección convocados por el estado peruano?”*

2.5.1. Como ya se ha establecido al absolver las consultas anteriores, conforme a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley, el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano competente para sancionar a los proveedores, participantes, postores, contratistas y subcontratistas cuando incurren en alguna de las infracciones previstas en el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, entre estas sanciones se encuentran la “Inhabilitación temporal” y la “Inhabilitación definitiva”.

Al respecto, de conformidad con el literal b) del numeral 50.4. del artículo 50 de la Ley, la inhabilitación temporal **“Consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), f), g), h) e i) y en caso de reincidencia en la infracción prevista en los literales m) y n). En el caso de la infracción prevista en el literal j), esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.”**

En ese sentido, se infiere que la inhabilitación temporal restringe la participación de la persona sancionada, a todo procedimiento de contratación por un periodo determinado por el órgano competente sancionador, en este caso, el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Ahora bien, en relación con la consulta planteada, el artículo 268 del Reglamento ha establecido lo siguiente: **“La vigencia de la sanción solo se suspende por medida cautelar dictada en un proceso judicial. Cancelada o extinta dicha medida cautelar, la sanción continúa su curso por el periodo restante al momento de la suspensión.”** (El resaltado y subrayado son agregados).

Como se puede observar, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido que la sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado **solo puede**

ser suspendida por medida cautelar impuesta en el marco de un proceso judicial.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La Directiva N° 003-2020-OSCE/CD ha dispuesto que se restringe el registro en el SEACE de aquellas actuaciones (registro como participante, registro de la oferta, registro del otorgamiento de la buena pro, entre otras) que sean realizadas por proveedores suspendidos o inhabilitados (de manera temporal o definitiva) para contratar con el Estado.
- 3.2. De acuerdo con Anexo N° 2 del Reglamento, la emisión de la Constancia de Capacidad de Libre Contratación se expide siempre que se verifique que el solicitante cumpla con las condiciones señaladas en dicho apartado, entre ellas, no encontrarse sancionado por el Tribunal de Contrataciones del Estado.
- 3.3. De acuerdo con el artículo 268 del Reglamento, la vigencia de la sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado solo se suspende por medida cautelar dictada en un proceso judicial. Cancelada o extinta dicha medida cautelar, la sanción continúa su curso por el periodo restante al momento de la suspensión.

Jesús María, 13 de abril de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/CAJS