

OPINIÓN N° 033-2021/DTN

Solicitante: Gobierno Regional de Lima

Asunto: Impedimento para ser participante, postor, contratista o subcontratista en los procesos de contratación pública

Referencia: Formulario S/N de fecha 13.FEB.2021– Consultas de Entidades Públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Secretario del Consejo Regional del Gobierno Regional de Lima formula consultas relacionadas con la configuración de impedimentos para para ser participante, postor, contratista o subcontratista en los procesos de contratación pública, en el marco de lo dispuesto por 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 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. CONSULTA¹ 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 formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que de las dos consultas planteadas, la segunda no se encuentra referida al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, sino que se consulta si un caso específico se encuentra –o no- dentro de los alcances de una Opinión emitida por este despacho, aspecto que excede la habilitación legal otorgada a través del literal n) del artículo 52 de la Ley y, por tanto, no puede ser absuelta en el marco de la presente opinión; toda vez que dicho análisis corresponde ser efectuado por cada Entidad, a partir del análisis de los elementos particulares del caso concreto.

- “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 y sus modificatorias².

La consulta formulada es la siguiente:

2.1. “Es posible legalmente que, un alcalde de un Centro Poblado, electo en el marco de la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley N° 26859 – Ley Orgánica de Elecciones, en pleno ejercicio de sus funciones; ¿Puede ser contratado por el Gobierno Regional de Lima, en calidad de locador de servicios, es decir brinde a esta institución del estado servicios a cambio de una prestación económica?” (Sic)

2.1.1 De manera previa, debe reiterarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado³, planteadas en términos genéricos y **sin hacer alusión a situaciones o casos concretos**; en esa medida, no es posible determinar en vía de Opinión si es legal –o no- contratar a un Alcalde de un Centro Poblado –en ejercicio de sus funciones- para que preste servicios a favor de una determinada Entidad, pues ello excedería la habilitación establecida en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo antes señalado, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances generales relacionados con el impedimento aplicable a los “Alcaldes”, conforme a de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado.

2.1.2 Sobre el particular, debe indicarse que dicha normativa permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, cumpliendo con los requisitos previstos en ella, 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.**

En relación con lo anterior, cabe señalar que el libre acceso a las contrataciones públicas se fundamenta en los principios que inspiran el sistema de contratación

² Al respecto, cabe precisar que dicho Reglamento fue modificado posteriormente por Decreto Supremo N° 377-2019, Decreto Supremo N° 168-2020-EF y Decreto Supremo N° 250-2020-EF.

³ La normativa de contrataciones del Estado se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las demás normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

estatal –Libertad de Concurrencia⁴, Competencia⁵, Publicidad⁶, Transparencia⁷, Igualdad de Trato⁸, Integridad⁹, entre otros– así como en los principios generales del régimen económico nacional, consagrados en el Título III de la Constitución Política.

En dicho contexto, es oportuno anotar que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades sólo pueden ser establecidos mediante ley. Asimismo, tomando en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos¹⁰, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en el referido artículo.

2.1.3 Ahora bien, debe tener en cuenta que cualquiera sea el régimen de contratación aplicable (incluyendo las contrataciones previstas en el literal a) del artículo 5 de la Ley), **están impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, aquellas personas que se encuentren inmersas en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley.**

Entre estos impedimentos se encuentra el del literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en virtud del cual se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en los procesos de contratación pública

⁴ “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.

⁵ “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.

⁶ “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.

⁷ “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.

⁸ “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.

⁹ “La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.” Literal j) del artículo 2 de la Ley.

¹⁰ 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”.

“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. (...)”. (El énfasis es agregado).

Como se observa, los Alcaldes están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, durante el ejercicio del cargo, en todos los procesos de contratación pública a nivel nacional; asimismo, sólo en el ámbito de su competencia territorial, seguirán impedidos para tales efectos, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.

En relación con el ámbito de competencia territorial de los Alcaldes, resulta pertinente indicar que el artículo 40 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, establece: *“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, el artículo 3 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que en razón de su jurisdicción¹¹, las municipalidades se clasifican de la siguiente manera:

- i) La municipalidad provincial, sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado;*
- ii) la municipalidad distrital, sobre el territorio del distrito; y,*
- iii) la municipalidad de centro poblado, cuya jurisdicción la determina el respectivo concejo provincial, a propuesta del consejo distrital.*

Por su parte, la Ley N° 31079 –publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de noviembre de 2020– *“Ley que modifica la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respecto de las Municipalidades de Centros Poblados, modificada por la Ley 30937, y la Ley 28440, Ley de Elecciones de Autoridades Municipales de Centros Poblados”, define en su artículo 128 a las Municipalidades de Centros Poblados, de la siguiente manera:*

“Artículo 128. Creación

Las municipalidades de centros poblados son órganos del gobierno local, encargados de la administración y ejecución de las funciones y los servicios públicos locales que les son delegados y se rigen por las disposiciones de la presente ley. Son creadas por ordenanza de la municipalidad provincial, con el

¹¹De acuerdo con la definición contemplada en el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española, por Jurisdicción se entiende “Competencia territorial o personal, en cuanto poder que ejerce un Estado sobre un espacio determinado (...)”. A mayor abundamiento, sírvase revisar dicho concepto accediendo a través del siguiente enlace: <https://dej.rae.es/lema/jurisdicci%C3%B3n>.

voto favorable de los dos tercios del número legal de regidores. (...)” (El énfasis es agregado).

Ahora bien, es importante precisar que **la normativa de Contrataciones del Estado no contempla una definición de “alcalde”, ni de “alcalde de Centro Poblado”, y tampoco realiza distinción alguna respecto de la clasificación de éstos**; en ese contexto, resulta necesario observar lo dispuesto en la normatividad de la materia, a fin de determinar las atribuciones que ésta les confiere y delimitar el alcance de la configuración del impedimento previsto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

- 2.1.4 Por lo expuesto, se advierte que en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado, los “Alcaldes” se hallan impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, conforme a lo dispuesto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley; así, durante el ejercicio del cargo, dicho impedimento regirá **en todo proceso de contratación pública, a nivel nacional** y, **sólo en el ámbito de su competencia territorial**, seguirán impedidos para tales efectos, **hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo**.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de la normativa de Contrataciones del Estado, los “Alcaldes” se hallan impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, conforme a lo dispuesto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley; así, durante el ejercicio del cargo, dicho impedimento regirá en todo proceso de contratación pública, a nivel nacional y, sólo en el ámbito de su competencia territorial, seguirán impedidos para tales efectos, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.
- 3.2. La normativa de Contrataciones del Estado no contempla una definición de “alcalde”, ni de “alcalde de Centro Poblado”, y tampoco realiza distinción alguna respecto de la clasificación de éstos; en ese contexto, resulta necesario observar lo dispuesto en la normatividad de la materia, a fin de determinar las atribuciones que ésta les confiere y delimitar el alcance de la configuración del impedimento previsto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Jesús María, 26 de marzo de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/adcr