

OPINIÓN N° 034-2020/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Pitipo

Asunto: Impedimentos aplicables a los Alcaldes y a las personas vinculadas a ellos

Referencia: Documento S/N con fecha 18.02.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el apoderado de la empresa solicitante formula consultas relacionadas con la posibilidad de disponer la agrupación de requerimientos por sistemas de contratación, a propósito de la etapa de absolución de consultas y/u observaciones en el marco de un determinado proceso de contratación por relación de ítems.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en las consultas planteadas, para su absolución se entenderá por:

- “Ley”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019.

2.1. “Si el impedimento para contratar, por parte de los Alcaldes, según la Ley citada, es aplicable para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo. Por lo tanto la pregunta y consulta radica, si este impedimento es dentro de su jurisdicción que ejerce su función un Alcalde (Provincia o Distrito), o es a nivel nacional, Regional o Local”

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que toda persona -natural o jurídica, nacional o extranjera- que cumpla con los requisitos contemplados en la normativa de contratación pública puede ser proveedora del Estado, en el marco de las contrataciones que las Entidades realizan para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, **salvo que aquella se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.**

En tal sentido, si un proveedor¹ del Estado incurre en alguno de los supuestos previstos en el referido dispositivo, éste se encontrará impedido en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado y, por tanto, **no podrá ser participante², postor³, contratista⁴ ni subcontratista** en los procesos de contratación pública que convoquen las Entidades.

Ahora bien, sobre este punto es importante anotar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal —tales como los de Libertad de concurrencia⁵, Igualdad de trato⁶, Transparencia⁷, Competencia⁸, entre otros—; así como también, en los principios generales del régimen económico nacional, consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

Por ello, y considerando que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de ***inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos***⁹, los

¹ Según la definición contemplada en el Anexo de Definiciones del Reglamento, el “proveedor” que interviene directamente en los procesos de contratación con el Estado es “La persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios en general, consultoría en general, consultoría de obra o ejecuta obras”.

² Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, “Participante” es el “Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección”.

³ Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, “Postor” es “La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta”.

⁴ Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, “Contratista” es “El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento”.

⁵ “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”.

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”.

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”.

⁸ “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”.

⁹ 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);

impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en los procesos de contratación estatal, **sólo pueden ser establecidos mediante ley y no pueden aplicarse por analogía a supuestos distintos a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado.**

En ese contexto, se desprende que los impedimentos que regula el artículo 11 de la Ley restringen la intervención de **proveedores** que actúan como “participantes”, “postores”, “contratistas” y/o “subcontratistas” en los procesos de compras públicas¹⁰; sin embargo, el alcance de dichos impedimentos no puede aplicarse por analogía a supuestos ajenos a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. Entre otros impedimentos previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se encuentra el contemplado en el literal d) del referido dispositivo, en virtud del cual, están impedidos los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, **los Alcaldes** y los Regidores, tal como se aprecia a continuación:

*“(…) 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 los doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial (…)”.* (El énfasis es agregado).

De esta manera, el citado dispositivo delimita el alcance del impedimento aplicable a los Alcaldes, quienes no pueden ser participantes, postores, contratista ni subcontratistas, durante el ejercicio del cargo, en todo proceso de contratación pública que se convoque a nivel nacional; y sólo en el ámbito de su competencia territorial después de ser Alcaldes, hasta los doce (12) meses luego de dejar el cargo.

En relación con el alcance de dicho impedimento que se circunscribe al ámbito de competencia territorial desde que el Alcalde dejó el cargo, resulta oportuno indicar que según el numeral 7.2 del artículo 7 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, “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”. (El subrayado es agregado).

Asimismo, de conformidad con el artículo 3 de la Ley N° 27972, “Ley Orgánica de Municipalidades”, éstas se clasifican en función de su jurisdicción¹¹, de la siguiente manera: *“(…) 1. La municipalidad provincial, sobre el territorio de la respectiva*

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”.

¹⁰ *Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, incluso en las contrataciones excluidas del ámbito de aplicación que regula el literal a) del artículo 5 de la Ley, rigen los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 del referido dispositivo, en virtud de los cuales, los “proveedores” inmersos en alguno de los supuestos de impedimentos no puede ser “participantes”, “postores”, “contratistas” ni “subcontratistas” en los procesos de compras públicas que las Entidades convoquen.*

¹¹ *Adicionalmente, el citado dispositivo establece una clasificación de las municipalidades en función de los regímenes especiales aplicables.*

provincia y el distrito del cercado. **2. La municipalidad distrital, sobre el territorio del distrito.** 3. *La municipalidad de centro poblado, cuya jurisdicción la determina el respectivo concejo provincial, a propuesta del concejo distrital*". (El énfasis es agregado).

Como se observa, la competencia territorial de los Alcaldes se circunscribe al territorio que constituye su jurisdicción¹², ámbito en el cual aplica el impedimento desde que dejan el cargo y hasta doce (12) meses posteriores a dicho evento; sin perjuicio de ello, mientras ejerzan como Alcaldes, estos se encontrarán impedidos en todo proceso de contratación que se convoque a nivel nacional, conforme a lo dispuesto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

- 2.2. ***“Si el impedimento para contratar, por parte de los Alcaldes, según la Ley citada, es aplicable para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo. Por lo tanto la consulta radica y se centra, si el Alcalde podría contratar por intermedio de apoderados o como representante de una Persona Jurídica, y si también es aplicable por los montos que están por debajo de las 8 Unidades Impositivas tributarias – UIT”.***

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, toda persona -natural o jurídica, nacional o extranjera- que cumpla con los requisitos contemplados en la normativa de contratación pública puede ser participante, postora, contratista y/o subcontratista del Estado, salvo que se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Al respecto, según lo dispuesto en el referido numeral, dichos impedimentos aplican incluso en las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción.

Ahora bien, en adición al impedimento previsto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, aplicable a quienes ejercen el cargo de Alcaldes –entre otros-, el literal k) del mismo dispositivo extiende el alcance del impedimento, de la siguiente manera: *“En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes [entre ellas, los Alcaldes], **las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas.** (...)”.* (El énfasis es agregado).

En atención a los referidos impedimentos, se puede desprender que la prohibición de un Alcalde no sólo recae en éste como persona natural, sino que el impedimento se extiende a las personas jurídicas en las que dicho Alcalde sea integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal, durante el ámbito y tiempo previstos en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Por lo expuesto, se advierte que un Alcalde está impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en todo proceso de contratación pública, incluyendo aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias; **impedimento que se aplica a las personas**

¹² De conformidad con el segundo párrafo del artículo 189 de la Constitución Política del Perú “El ámbito de nivel regional de gobierno son las regiones y departamento. El ámbito de nivel local de gobierno son las provincial, distritos y los centros poblados”. (El subrayado es agregado).

jurídicas en las que aquel sea integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal, conforme a lo dispuesto en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

- 2.3. *“Si el impedimento para contratar, por parte de los Alcaldes, según la Ley citada, es aplicable para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo, y en este supuesto se aplica desde doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección, en consecuencia se puede deducir que abarca un periodo mayor al ejercicio del cargo. En tal sentido [sic] este impedimento de contratación es para las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social de propiedad de un Alcalde, Por lo tanto la pregunta y consulta se centra, si también las personas jurídicas enmarcadas en este literal o supuesto, cual es el alcance o ámbito de esta prohibición, si solo es dentro de la jurisdicción donde el Alcalde ejercer el cargo (Provincia o Distrito), o es a nivel nacional, y porque periodo o plazo específico, antes y después de ejercer el cargo de Alcalde”.*

Sobre el particular, debe reiterarse que toda persona -natural o jurídica, nacional o extranjera- que cumpla con los requisitos contemplados en la normativa de contratación pública puede ser participante, postora, contratista y/o subcontratista del Estado, salvo que se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

En el caso de los Alcaldes –entre otras personas impedidas-, la normativa de contrataciones del Estado establece una serie de impedimentos que les resultan aplicables, tanto a ellos como a determinadas personas (naturales y jurídicas) con quienes se vinculan.

Así, entre los distintos supuestos de impedimentos, el literal i) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley dispone una prohibición aplicable a las personas jurídicas que se encuentran vinculadas con personas impedidas, como **los Alcaldes**. En ese contexto, el referido dispositivo precisa que están impedidas: *“En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes [como los Alcaldes], las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección”.* (El énfasis es agregado).

Bajo tales consideraciones, se puede desprender que el alcance del impedimento de una persona jurídica se circunscribe al ámbito y tiempo dentro de los cuales se encuentra impedida la persona con la cual se vincula; esto es, tratándose de un Alcalde, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el impedimento de la persona jurídica regirá para todo proceso de contratación a nivel nacional mientras el Alcalde se encuentre en ejercicio del cargo, y sólo en el ámbito de su competencia territorial desde que aquel deje el cargo y hasta doce (12) meses después de dicho evento.

- 2.4. *“Del mismo modo, luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para los Alcaldes subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su*

competencia territorial; pero la pregunta y consulta radica, si este impedimento no es a nivel nacional, sino solo Local, o donde el Alcalde ejerció su función ya sea provincia o Distrito, por lo tanto el Alcalde podría contratar fuera de su jurisdicción o en otra jurisdicción que no gobernó”.

Tal como se indicó al absolver la segunda consulta, la competencia territorial de los Alcaldes se circunscribe al territorio que constituye su jurisdicción, ámbito en el cual aplica el impedimento desde que dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de dicho evento; sin perjuicio de ello, mientras ejerzan como Alcaldes, estos se encontrarán impedidos en todo proceso de contratación que se convoque a nivel nacional, conforme a lo dispuesto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Por lo tanto, al culminar el ejercicio del cargo, el impedimento de los exalcaldes sólo aplica en el ámbito de competencia territorial municipal que corresponda, es decir, el territorio que constituía su respectiva jurisdicción.

- 2.5. “Según la Ley citada, también están prohibidos de contratar, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, por lo tanto la pregunta o consulta, se centra en las siguiente: (i) “Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas, en consecuencia, los parientes que representan al Alcalde, o que desean contratar a título personal, pueden contratar fuera del ámbito o jurisdicción que gobierna el Alcalde impedido”; y, ii) “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, en consecuencia, los parientes que representan al Alcalde, o que desean contratar a título personal, pueden contratar fuera del ámbito o jurisdicción que gobierna el Alcalde impedido, dentro del periodo de 12 meses de haber concluido el cargo del Alcalde”.**

De conformidad con lo expuesto, debe reiterarse que en el caso de los Alcaldes – entre otras personas impedidas-, la normativa de contrataciones del Estado establece una serie de impedimentos que les resultan aplicables, tanto a ellos como a determinadas personas (naturales y jurídicas) con quienes se vinculan.

En ese sentido, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley prevé los impedimentos aplicables al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes del referido dispositivo, entre ellas, de los Alcaldes.

Así, a fin de extender la aplicación del impedimento a dichas personas, el literal en mención establece los criterios que deben tomarse en cuenta para tal efecto; así, “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 esta manera, en caso que dicho vínculo sea con personas comprendidas en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley¹³, **como los Alcaldes**, el alcance del impedimento previsto para su cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad sólo comprenderá el ámbito de su competencia territorial, tanto durante el ejercicio del cargo como hasta doce (12) meses después de concluido el mismo.

En consecuencia, el impedimento previsto en el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, aplicable al cónyuge, al conviviente o a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los Alcaldes, se circunscribe al ámbito de competencia territorial en el que éstos ejercían el cargo, tanto durante su ejercicio como hasta doce (12) meses después de concluido, conforme a lo dispuesto en el segundo acápite del referido dispositivo.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La competencia territorial de los Alcaldes se circunscribe al territorio que constituye su jurisdicción¹⁴, ámbito en el cual aplica el impedimento desde que dejan el cargo y hasta doce (12) meses posteriores a dicho evento; sin perjuicio de ello, mientras ejerzan como Alcaldes, estos se encontrarán impedidos en todo proceso de contratación que se convoque a nivel nacional, conforme a lo dispuesto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.
- 3.2. Un Alcalde está impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en todo proceso de contratación pública, incluyendo aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias; impedimento que se aplica a las personas jurídicas en las que aquel sea integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal, conforme a lo dispuesto en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.
- 3.3. El alcance del impedimento de una persona jurídica se circunscribe al ámbito y tiempo dentro de los cuales se encuentra impedida la persona con la cual se vincula; esto es, tratándose de un Alcalde, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el impedimento de la persona jurídica regirá para todo proceso de contratación a nivel nacional mientras el Alcalde se encuentre en ejercicio del cargo, y sólo en el ámbito de su competencia territorial desde que aquel deje el cargo y hasta doce (12) meses después de dicho evento.
- 3.4. Al culminar el ejercicio del cargo, el impedimento de los exalcaldes sólo aplica en el ámbito de competencia territorial municipal que corresponda, es decir, el territorio que constituía su respectiva jurisdicción.
- 3.5. El impedimento previsto en el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, aplicable al cónyuge, al conviviente o a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los Alcaldes, se circunscribe al ámbito de competencia

¹³ De conformidad con el segundo acápite del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

¹⁴ De conformidad con el segundo párrafo del artículo 189 de la Constitución Política del Perú "El ámbito de nivel regional de gobierno son las regiones y departamento. El ámbito de nivel local de gobierno son las provincial, distritos y los centros poblados". (El subrayado es agregado).

territorial en el que éstos ejercían el cargo, tanto durante su ejercicio como hasta doce (12) meses después de concluido, conforme a lo dispuesto en el segundo acápite del referido dispositivo.

Jesús María, 18 de junio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA.