

OPINIÓN N° 035-2019/DTN

Entidad: Contraloría General de la República
Asunto: Impedimentos
Referencia: Oficio N° 4-2019-PROINVERSIÓN/OCI

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el jefe (e) del Órgano de Control Institucional de PROINVERSIÓN formula varias consultas sobre el alcance de algunos impedimentos regulados 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 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, la segunda disposición complementaria final del Reglamento, así como por el acápite 9 del Anexo 2 de dicho dispositivo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

1. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“¿Tratándose de un funcionario público, para la configuración del impedimento regulado en el literal d) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado (vigente hasta el 2 de abril de 2017) era aplicable la Décima Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo n.° 350-2015-EF, que establecía que para la configuración del citado impedimento “debe tomarse en consideración que los trabajadores de las empresas del Estado y servidores públicos comprendidos en el referido literal son aquellos que por el cargo o función que desempeñan tienen influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación?” (Sic).*

2.1.1. De manera previa, y tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la presente consulta, debe precisarse que para efectos de absolver la misma, se entenderá por:

¹ De la revisión de los documentos de la referencia se advierte que las consultas están vinculadas con el marco normativo vigente hasta el 29 de enero de 2019.

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225, vigente desde el 9 de enero de 2016, hasta el 2 de abril de 2017.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, vigente desde el 9 de enero de 2016, hasta el 2 de abril de 2017.

2.1.2. En primer lugar, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado² a que se refiere el numeral anterior, permitió que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta, pueda ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de 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.

Al respecto, resulta oportuno anotar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal –tales como, Libertad de Concurrencia³, Competencia⁴, Publicidad⁵, Transparencia⁶, Igualdad de Trato⁷, 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 que lleven a cabo las Entidades, **solo pueden ser establecidos mediante ley**; así, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de “*inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen*

² La cual estaba conformado por la Ley, su Reglamento y las demás normas reglamentarias emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), vigentes hasta el 2 de abril de 2017.

³ “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.

⁴ “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.

⁵ “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.

⁶ “Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y 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.

⁷ “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.

derechos”⁸, 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 dicho artículo.

2.1.3. Ahora bien, entre los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley se encuentra el del literal d), en virtud del cual están imposibilitados de ser participantes, postores y/o contratistas -cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable- *“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 énfasis es agregado).

Como se observa, de acuerdo al dispositivo antes citado, los: i) Titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo; ii) directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado; y **iii) funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia; están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades a las que pertenecen.**

En relación con lo anterior, cabe resaltar que el impedimento descrito en el literal d) del artículo 11 de la Ley se encuentra circunscrito al ámbito de la Entidad⁹ y tiene por objeto restringir la intervención de ciertas personas naturales que la integran, a efectos de evitar conflictos de intereses que perjudiquen la transparencia, competencia, o eficiencia de los procesos de contratación que realice dicha Entidad.

Adicionalmente, es pertinente anotar que la Décima Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento precisa que *“Para la configuración del impedimento previsto en el literal d), del artículo 11 de la Ley, debe tomarse en consideración que los trabajadores de las empresas del Estado y servidores públicos comprendidos en el referido literal son aquellos que por el cargo o función que desempeñan tienen influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación.”*

En ese sentido –y en concordancia con el criterio recogido en la Opinión N° 178-2016/DTN-, se advierte que, para configurarse el impedimento establecido en el literal d) del artículo 11 de la Ley, tratándose de trabajadores de las empresas del Estado y servidores públicos comprendidos en dicho literal, es necesario que tales personas cuenten con “influencia”, “poder de decisión” o “información

⁸ 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”*.

⁹ Sobre este punto, es importante indicar que el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley establece un listado taxativo de Entidades que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. De igual forma, el numeral 3.2 del referido artículo señala que las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados tienen el tratamiento de Entidad. Por su parte, el numeral 3.3 del artículo citado extiende la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado a “otras organizaciones”.

privilegiada” sobre el proceso de contratación que se realice en dicha Entidad; **condición que la normativa no ha previsto como requisito para que se configure el impedimento del funcionario público que regula el referido literal.**

Por tanto, se advierte que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente hasta el 2 de abril de 2017, para que se configure el impedimento regulado en el literal d) del artículo 11 de la Ley, **tratándose de un funcionario público no resultaba aplicable lo dispuesto en la Décima Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento**; toda vez que dicha disposición recaía expresamente en “*los trabajadores de las empresas del Estado*” y en los “*servidores públicos comprendidos en el referido literal*”, quienes sí debían contar con **influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación que realizara la Entidad**, a efectos de que resultara aplicable el referido impedimento.

2.2.“¿*Tratándose de un ex funcionario público, para la configuración del impedimento de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista respecto a la entidad a la que perteneció, hasta los doce (12) meses después de haber dejado el cargo, que regula el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado modificada por el Decreto Legislativo n.° 1341 (vigente desde el 3 de abril de 2017); es aplicable el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la precitada Ley?*” (Sic).

2.2.1. Previamente, y tomando en consideración el marco normativo al que hace referencia la consulta planteada, debe precisarse que para la absolución de la misma, se entenderá por:

- “**Ley**”, a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, **vigente desde el 3 de abril de 2017, hasta el 29 de enero de 2019.**
- “**Reglamento**”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, **vigente desde el 3 de abril de 2017, hasta el 29 de enero de 2019.**

2.2.2. En ese contexto, respecto del impedimento previsto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, debe indicarse que la parte inicial de dicho literal establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista, “Durante el ejercicio del cargo los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva (...)”. (El énfasis es agregado).

Así, a efectos de delimitar el alcance del citado impedimento, es importante recurrir a métodos que pueden ser empleados en la interpretación jurídica, tales como el “*método histórico*”, respecto del cual, Rubio Correa¹⁰ refiere lo siguiente: “*Para el método histórico la interpretación se hace recurriendo a los contenidos*

¹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 248.

que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate. Este método se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica, llamada intención del legislador, que debe contribuir decisivamente a explicarnos su sentido.” (El subrayado es agregado).

En ese sentido, resulta pertinente observar el contenido de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1341 “Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado”, el cual precisa que en el artículo 11 de la Ley -correspondiente a los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista- se han introducido las siguientes modificaciones: “(...) El impedimento se ha ampliado a todo proceso de contratación pública durante el ejercicio del cargo en el caso de: los Gobernadores Regionales, Vicegobernadores Regionales y Consejeros de Gobiernos Regionales; los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores; los Titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva. (...)” (El subrayado es agregado).

De esta manera, al interpretar lo dispuesto en la primera parte del literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, según el “*método histórico*”, se reafirma que las siguientes personas, durante el ejercicio del cargo, están impedidas de participar en todo proceso de contratación pública que se efectúe dentro del territorio nacional: (i) los titulares de instituciones o de organismo públicos del Poder Ejecutivo; (ii) los funcionarios públicos, (iii) los empleados de confianza; (iv) los servidores públicos; y, (v) los gerentes y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva.

Por tanto, se desprende que mientras se encuentren en ejercicio del cargo, los funcionarios públicos –entre otros, según lo previsto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley- están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en toda contratación estatal efectuada dentro del territorio nacional.

2.2.3. Ahora bien, cabe señalar que el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley continúa regulando el alcance de los impedimentos aplicables a los integrantes de una Entidad –entre ellos, a los funcionarios públicos-, indicando que estos últimos están impedidos “respecto a la Entidad a la que pertenecen, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo. (...)” (El énfasis es agregado).

En esa medida, se puede observar que en virtud del citado literal, los ex integrantes de una Entidad, tales como ex funcionarios públicos, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en los procesos de contratación que dicha Entidad lleve a cabo, desde que dejaron de formar parte de la misma y hasta doce (12) meses después de producido tal evento.

No obstante lo anterior, en atención a los criterios que comprende el “*método*

*sistemático por comparación con otras normas*¹¹, es importante observar lo dispuesto en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el cual establece que están impedidos **“En la Entidad a la que pertenecen, quienes por el cargo o la función que desempeñan tienen influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o conflictos de intereses, hasta (12) meses después de haber dejado el cargo.”** (El énfasis es agregado).

Como se observa, el citado literal hace referencia al “cargo o función” de “quienes” pertenecieron a una determinada Entidad, lo que comprende a todas las personas señaladas en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley; entre ellos, a ex funcionarios públicos.

Así, sin perjuicio de la aplicación inmediata de la ley a que se refiere el artículo 103 de la constitución, de conformidad con el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, a efectos de configurarse tal impedimento en el ámbito de la Entidad y hasta (12) meses después de haber dejado el cargo, aplicable –entre otros- a ex funcionarios públicos, es necesario verificar si existe influencia, poder de decisión o información privilegiada respecto del proceso de contratación, o la concurrencia de un conflicto de intereses.

Por ello, resulta pertinente delimitar el alcance del impedimento regulado en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, concordándolo con el del literal f) del mismo numeral, a partir del momento en que **el funcionario se desvincula de la Entidad**; es decir, desde que deja el cargo.

2.2.4. Por lo expuesto, se advierte que conforme a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado –y mientras estuvo vigente, es decir hasta el 29 de enero de 2019-, un ex funcionario público, desde el momento en que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, se encontraba impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista **en la Entidad de la que formó parte**, siempre que por el cargo o función desempeñada hubiera tenido influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación hubiera podido generar un conflicto de intereses; tal como se desprende de los literales e) y f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

2.3. ***“En caso de ser afirmativa la respuesta a las dos consultas planteadas: ¿Qué es lo que debe entenderse por: “tener influencia”, “poder de decisión” o “información privilegiada” sobre el proceso de contratación, como elementos configuradores de los impedimentos regulados en el literal d) del artículo 11 (antes de la vigencia del Decreto Legislativo n.° 1341) y en los literales e) y f) del numeral 11.1 del artículo 11 (con la vigencia de dicho Decreto Legislativo n.° 1341)?”*** (Sic).

¹¹ Al respecto, se puede citar a Rubio Correa quien desarrolla el “*método sistemático por comparación con otras normas*”, precisando que dicho método de interpretación “(...) *consiste en esclarecer el ‘qué quiere decir’ la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella.*” (El subrayado es agregado).

2.3.1. En relación con la consulta planteada, es importante señalar que los marcos normativos a los que hace alusión -esto es, antes y después de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado- no contemplan la definición de los conceptos “*influencia*”, “*poder de decisión*” o “*información privilegiada*” que deben verificarse para la configuración de los impedimentos que son materia de análisis.

Sin perjuicio de ello, a efectos de comprender el sentido y alcance de los impedimentos previstos en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley N° 30225 (antes que entrara en vigor el Decreto Legislativo N° 1341), y en los literales e) y f) del mismo numeral del artículo 11 de la Ley modificada por el Decreto Legislativo N° 1341; corresponde observar la definición de los conceptos antes mencionados que comprende el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En ese contexto, de acuerdo con el referido diccionario se entiende por:

- “***Influencia***”, al “*Poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas o para intervenir en un negocio*”; asimismo, se atribuye dicho término a aquella “*Persona con poder o autoridad con cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio*”¹². El subrayado es agregado).
- “***Poder***”, a la “*Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo*”¹³; por “***decisión***”, a la “*Determinación, resolución que se toma o se da en una cosa dudosa*”¹⁴.
- “***Información privilegiada***”: “*Información que, por referirse a hechos o circunstancias que otros desconocen, puede generar ventajas a quien dispone de ella*”¹⁵.

Como se observa, la “*influencia*” es el efecto que produce la intervención de una persona sobre otras, en virtud de la cual puede alcanzar determinadas ventajas; por su parte, el “*poder de decisión*” obedece a la facultad o atribución que posee alguien para decidir o determinar ciertos resultados; mientras que la “*información privilegiada*” es aquella cuyo acceso es restringido en cierta medida y que supone una posición de ventaja para quien dispone de ella, frente a quienes no tienen acceso a dicha información.

2.3.2. Así, en el marco de los impedimentos que regula la normativa de contrataciones del Estado, los conceptos “*influencia*”, “*poder de decisión*” e “*información privilegiada*” suponen una situación de ventaja para quien, por el cargo o función desempeñada en una Entidad, puede influenciar o persuadir a ciertas personas, ordenar el cumplimiento de determinadas medidas, o contar con

¹² Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=LXZPs0x>

¹³ Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=TU1KCfY|TU2nLT0>

¹⁴ Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=BxP6lay>

¹⁵ Concepto disponible en la sección del Diccionario Jurídico del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que puede visualizarse a través del siguiente link: <http://www.rae.es/>

información de la cual otros no disponen, **respecto del proceso de contratación a cargo de dicha Entidad.**

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente hasta el 2 de abril de 2017, para que se configure el impedimento regulado en el literal d) del artículo 11 de la Ley, tratándose de un funcionario público no resultaba aplicable lo dispuesto en la Décima Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento; toda vez que dicha disposición recaía expresamente en “*los trabajadores de las empresas del Estado*” y en los “*servidores públicos comprendidos en el referido literal*”, quienes sí debían contar con influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación que realizara la Entidad, a efectos de que resultara aplicable el referido impedimento.
- 3.2. Conforme a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado –y mientras estuvo vigente, es decir hasta el 29 de enero de 2019-, un ex funcionario público, desde el momento en que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, se encontraba impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en la Entidad de la que formó parte, siempre que por el cargo o función desempeñada hubiera tenido influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación hubiera podido generar un conflicto de intereses; tal como se desprende de los literales e) y f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.
- 3.3. En el marco de los impedimentos que regula la normativa de contrataciones del Estado, los conceptos “*influencia*”, “*poder de decisión*” e “*información privilegiada*” -en ese orden- suponen una situación de ventaja para quien, por el cargo o función desempeñada en una Entidad, puede influenciar o persuadir a ciertas personas, ordenar el cumplimiento de determinadas medidas, o contar con información de la cual otros no disponen, respecto del proceso de contratación a cargo de dicha Entidad.

Jesús María, 12 de marzo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/.