

**OPINIÓN N° 051-2019/DTN**

Solicitante: Enviroequip S.A.C.  
Asunto: Alcances del impedimento previsto en el literal g) del artículo 11 de la Ley  
Referencia: Carta N° GG-081/OSCE-2019

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de Enviroequip S.A.C. formula consulta sobre los alcances del impedimento establecido en el literal g) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado en la participación en consorcio.

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 y el acápite 9 del anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

**2. CONSULTAS Y ANÁLISIS**

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

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

La consulta formulada es la siguiente:

*“¿El impedimento establecido en el literal g) del numeral 11.1 del art. 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, alcanza a todos los integrantes del consorcio que, en calidad de contratista, determinó las especificaciones técnicas, independientemente del tipo de obligaciones que cada uno de ellos haya asumido?” (Sic).*

- 2.1 En primer lugar, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que realicen las entidades públicas.

Al respecto, cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal – *Libertad de Concurrencia*<sup>1</sup>, *Competencia*<sup>2</sup>, *Publicidad*<sup>3</sup>, *Transparencia*<sup>4</sup>, *Igualdad de Trato*<sup>5</sup>, entre otros- así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

En esta medida, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado, solo pueden ser establecidos mediante ley. Asimismo, toda vez que en el ordenamiento jurídico nacional rige el Principio de Inaplicabilidad por Analogía de las Normas que Establecen Excepciones o Restringen Derechos<sup>6</sup>, dichos impedimentos no pueden ser aplicados por analogía a supuestos distintos a los previstos en la ley.

Conforme a ello, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado se encuentran previstos en el artículo 11 de la Ley, el mismo que establece un listado de personas que, por

---

<sup>1</sup> “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.

<sup>2</sup> “Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.” Literal e) del artículo 2 de la Ley.

<sup>3</sup> “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.

<sup>4</sup> “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.

<sup>5</sup> “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.

<sup>6</sup> 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”.

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. –, no pueden participar en las contrataciones del Estado.

- 2.2 Ahora bien, de acuerdo con el literal g) del artículo bajo análisis están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas “*En el proceso de contratación correspondiente, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en cualquiera de las siguientes actuaciones: i) determinación de las características técnicas y/o valor referencial o valor estimado, ii) elaboración de documentos del procedimiento de selección, iii) calificación y evaluación de ofertas, y iv) la conformidad de los contratos derivados de dicho procedimiento, salvo en el caso de los contratos de supervisión. (...)*” (el subrayado es agregado).

Como se aprecia, el literal citado establece que se encuentran impedidos de participar en un procedimiento de selección, y contratar con el Estado, todas aquellas personas naturales o jurídicas que intervengan directamente en: (i) **la determinación de las características técnicas**; (ii) la determinación del valor referencial o valor estimado; (iii) la elaboración de documentos del procedimiento de selección, (iv) la calificación y evaluación de ofertas, y (v) la conformidad de contratos.

Así, el referido impedimento tiene como primer objetivo, garantizar la igualdad de acceso a la información –respecto del objeto contractual futuro- entre los proveedores que participen en el procedimiento de selección. Ello, debido a que las personas que intervinieron en la determinación de las características técnicas, el valor referencial o valor estimado, o en la elaboración de los documentos del procedimiento de selección, cuentan con mayor información que los demás proveedores, por lo que, de permitirse su participación, se les estaría otorgando una ventaja respecto de los demás participantes, afectando así la competencia.

Adicionalmente, el impedimento busca evitar un conflicto de intereses en la determinación de las características técnicas, el valor referencial o valor estimado, o en la elaboración de los documentos del procedimiento de selección, así como en la evaluación y calificación de propuestas, pues si las personas que intervienen en su determinación tienen la opción de ser participantes en el procedimiento de selección a ser convocado, están en la posibilidad de establecer condiciones que favorezcan su propia participación, lo que atenta contra la competitividad del procedimiento de selección.

- 2.3 Por otro lado, la normativa de contrataciones del Estado establece que las personas naturales o jurídicas que deseen participar en los procedimientos de selección que convocan las Entidades pueden hacerlo de manera individual o a través de consorcios.

Al respecto, cabe señalar que, conforme al Anexo de Definiciones del Reglamento, el consorcio es “*El contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para, contratar con el Estado*”.

Como puede apreciarse el consorcio es un contrato asociativo por el cual dos o más personas, naturales o jurídicas, realizan una actividad económica en conjunto; ello quiere decir que todas las partes del mismo comparten un interés económico común; no obstante, el consorcio no da lugar a una nueva persona jurídica independiente de las partes que lo integran.

Así, si dos o más proveedores deciden participar en una contratación en forma consorciada con la finalidad de ejecutar las obligaciones derivadas de dicha contratación con un criterio de complementariedad, ello implica la existencia de un interés común en el cumplimiento del contrato. En esta medida, independientemente de las obligaciones que les corresponda ejecutar y del porcentaje de las mismas, todos los integrantes del consorcio tienen responsabilidad en el cumplimiento del contrato y la posibilidad de intervenir directamente en él o de tomar conocimiento de información relevante sobre el mismo.

En esa medida, si un consorcio, en calidad de contratista, participó en la determinación de las características técnicas, entonces dicho consorcio, así como cada uno de sus integrantes se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en el correspondiente proceso de contratación, independientemente de las obligaciones que asumieron mientras estuvieron consorciados.

### **3. CONCLUSIÓN**

Si un consorcio, en calidad de contratista, participó en la determinación de las características técnicas, entonces dicho consorcio, así como cada uno de sus integrantes se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en el correspondiente proceso de contratación, independientemente de las obligaciones que asumieron mientras estuvieron consorciados.

Jesús María, 2 de abril de 2019

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RAC.