

OPINIÓN N° 057-2022/DTN

Entidad: Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI

Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista

Referencia: Formulario S/N de fecha 23.JUN.2022- Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Sara Luz Hurtado Cristóbal, Gerente General (e) del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – Cofopri, formula consultas sobre los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista previsto en 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, 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. 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.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

Dirección Técnico Normativa

Opinión

2.1. ***“Si se aplica el impedimento del literal e) del artículo 11 del Tuo de la Ley 30225. En la contratación de un ex servidor.” (Sic.)***

2.1.1. En primer término, cabe señalar que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en ésta 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 Ley¹

En relación con lo anterior, 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 Concurrencia², Competencia³, Publicidad⁴, Transparencia⁵, Igualdad de Trato⁶, entre otros– así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

En esa medida, se debe señalar que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades solo pueden ser establecidos mediante ley. Así, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos⁷, los impedimentos previstos en el artículo

¹ Cabe precisar que en mérito del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los impedimentos resultan aplicables a las contrataciones de bienes, servicios y obras reguladas por la normativa de contrataciones del Estado u otro régimen legal, inclusive en aquellas contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT.

² “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.

³ “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.

⁴ “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.

⁵ “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.

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. 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.

⁷ 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

Dirección Técnico Normativa

Opinión

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.

Sobre el particular, cabe indicar que el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado, las siguientes personas: “*Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, **servidores públicos con poder de dirección o decisión**, según la ley especial de la materia, y los gerentes de las empresas del Estado. El impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; **luego de culminado el mismo hasta doce (12) meses después sólo en la entidad a la que pertenecieron**”.* (El resaltado es agregado).

Como se puede apreciar, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, **servidores públicos con poder de dirección o decisión**, según la ley especial de la materia⁸, y los gerentes de las empresas del Estado, durante el ejercicio del cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en cualquier proceso de contratación que se realice dentro del territorio nacional; asimismo, dicho dispositivo establece que, **desde el momento en que tales personas dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho cese, el impedimento se aplicará únicamente en las contrataciones que realice la Entidad de la que formaron parte.**

- 2.2. En ese contexto, se advierte que los ex servidores de una Entidad pública, que contaban con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas **en los procesos de contratación convocados por la Entidad a la que pertenecían**, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo de servidores, conforme a lo dispuesto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe anotar que cada Entidad contratante debe realizar el análisis correspondiente, a fin de verificar que los proveedores del Estado que participan en los procesos de contratación que aquella convoca no se encuentren inmersos en algunos de los supuestos de impedimentos que establece el artículo 11 de la Ley.

- 2.3. ***“Si se aplica el impedimento del literal f) del artículo 11 del Tuo de la Ley 30225. En la contratación de un ex servidor.”*** (Sic.)

derechos no se aplica por analogía”.

⁸ En virtud de lo contemplado, en el artículo 5 de la Ley N° 30057 “Ley del Servicio Civil”, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, es el ente rector del Sistema administrativo de gestión de recursos humanos, por lo tanto, es el órgano competente para absolver las consultas sobre la materia

Dirección Técnico Normativa

Opinión

2.3.1. Sobre el particular, debe indicarse que el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, las siguientes personas: **“Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses.”** (El énfasis es agregado).

En tal sentido, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, **los servidores públicos sin poder de dirección o decisión**, de conformidad con la ley especial de la materia, **mientras se mantengan en el cargo**, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas **en las contrataciones de la Entidad de la que forman parte; no obstante, luego del cese del cargo y hasta doce (12) meses después de este evento, dichos servidores sólo estarían impedidos en el ámbito de los procesos que convoque la Entidad a la que pertenecían, siempre que en virtud del cargo que asumieron hubieran contado con influencia, poder de decisión, información privilegiada respecto de tales procesos o conflicto de intereses.**

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el impedimento que establece la norma para los ex servidores públicos sólo aplica en el ámbito de los procesos de contratación que convoque la Entidad a la que pertenecían, hasta los doce (12) meses después del cese del cargo, siempre y cuando, **por la función desempeñada**, tales ex servidores hubieran tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada, en relación con tales procesos, o conflicto de intereses; en caso contrario, si estas condiciones no se verifican, por no corresponder a las funciones que desempeñaban en el cargo, tales ex servidores no se encontrarían impedidos bajo los términos del literal f).

2.3.2. Finalmente, cabe anotar que cada Entidad contratante debe realizar el análisis correspondiente, a fin de verificar que los proveedores del Estado que participan en los procesos de contratación que aquella convoca no se encuentren inmersos en algunos de los supuestos de impedimentos que establece el artículo 11 de la Ley.

3. CONCLUSIONES

3.1. En el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, los ex servidores de una Entidad pública, que contaban con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en los procesos de contratación convocados por la Entidad a la que pertenecían, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo de servidores, conforme a lo dispuesto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Dirección Técnico Normativa

Opinión

- 3.2. De conformidad con lo dispuesto en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el impedimento que establece la norma para los ex servidores públicos sólo aplica en el ámbito de los procesos de contratación que convoque la Entidad a la que pertenecían, hasta los doce (12) meses después del cese del cargo, siempre y cuando, por la función desempeñada, tales ex servidores hubieran tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada, en relación con tales procesos, o conflicto de intereses; en caso contrario, si estas condiciones no se verifican, por no corresponder a las funciones que desempeñaban en el cargo, tales ex servidores no se encontrarían impedidos bajo los términos del literal f).
- 3.3. Cada Entidad contratante debe realizar el análisis correspondiente, a fin de verificar que los proveedores del Estado que participan en los procesos de contratación que aquella convoca no se encuentren inmersos en algunos de los supuestos de impedimentos que establece el artículo 11 de la Ley.

Jesús María, 20 de julio de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/GMS