

OPINIÓN N° 068-2021/DTN

Solicitante: Municipalidad Provincial de Luya - Lámud
Asunto: Impedimentos
Referencia: Formulario S/N de fecha 12.MAY.2021
Oficio N°261-2021-MPL-L/A.

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, la Municipalidad Provincial de Luya Lámud, solicita la absolución de consultas vinculadas con los impedimentos para ser participante postor, contratista o subcontratista en los procesos de contratación de las entidades públicas.

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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377- 2019-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“Existiría impedimento para que el ingeniero que suscribió el expediente técnico de obra, el cual fue contratado por una empresa consultora para realizar dicha contratación, sea residente de la misma obra?”*

2.1.1. Los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones públicas se encuentran recogidos en el artículo 11 de la Ley, el cual contiene un listado de personas que, por diversas circunstancias (como el cargo público que ejercen, la información que poseen, entre otros), se encuentran imposibilitadas de participar en las contrataciones del Estado.

Uno de estos impedimentos es aquel contemplado en el literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, según el cual se encuentran impedidas de ser participantes, postoras, contratistas o subcontratistas las siguientes personas:

“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 dichos procedimientos, salvo en el caso de los contratos de supervisión. Tratándose de personas jurídicas el impedimento le alcanza si la referida intervención se produce a través de personas que se vinculan a esta”.

Como se puede apreciar, la Ley establece que aquellas personas que tengan una intervención directa en determinadas actuaciones de un proceso de contratación (determinación de características técnicas, evaluación de ofertas, otorgamiento de conformidad), se encontrarán impedidas de ser parte de dicho proceso de contratación, ya sea como participante, postor, contratista o subcontratista.

En relación con ello, corresponde anotar que mediante Opinión N° 068-2018/DTN, esta Dirección desarrolló el sentido y finalidad de este impedimento, en los siguientes términos:

“(…) este impedimento tiene como objeto garantizar la igualdad de acceso a la información 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 y el valor referencial, o en la elaboración de las Bases cuentan con mayor información sobre el procedimiento convocado que los demás proveedores, por lo que, de permitirse su participación en el procedimiento de selección, se les estaría otorgando una ventaja respecto de los demás participantes.

Por otro lado, el impedimento busca evitar un conflicto de intereses en la determinación de las características técnicas, el valor referencial y las Bases, 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, perdiendo su objetividad e imparcialidad y atentando la competitividad del procedimiento de selección”.

En adición a lo anterior, resulta pertinente agregar que el referido conflicto de intereses también se pondría de manifiesto, por ejemplo, cuando quien elaboró el expediente técnico es quien ejecuta la obra o es parte del contratista ejecutor de obra: en tal caso se vería comprometida la objetividad e imparcialidad en la ejecución de la obra. Esto

explica que la norma prohíba que el contratista de obra se encuentre vinculado con quien elaboró el expediente técnico de obra.

2.1.2. Así las cosas, corresponde mencionar que la presente consulta está referida al alcance del impedimento que ostentaría aquel profesional que intervino en la elaboración del Expediente Técnico de obra.

Conforme a lo mencionado en el numeral anterior, se desprende que, según el literal g), del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, la persona que intervenga de forma directa en la determinación de las características técnicas del bien, servicio u obra, se encuentra impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista en el proceso que se desarrolle para la contratación de dicho bien, servicio u obra. Bajo esta premisa, **se puede concluir que el profesional que hubiese intervenido directamente en la elaboración de un expediente técnico de obra, se encontrará impedido de tener la calidad de participante, postor, contratista o subcontratista en el proceso de contratación de dicha obra.**

De acuerdo con lo desarrollado en el numeral anterior, se puede afirmar que la prohibición aplicable al profesional que elaboró el expediente técnico de obra de ser parte del proceso de contratación de la misma obra, se justifica en que: i) este dispondría de información específica y mucho más detallada de la obra, en comparación con otros proveedores que potencialmente podrían presentarse en el procedimiento de selección para contratar la ejecución de la obra, situación que podría afectar la competencia efectiva del procedimiento; y ii) que, de permitírsele liminarmente que este participe en el proceso de contratación como participante, postor, contratista o subcontratista, se estaría creando el riesgo de que este profesional favorezca su propia participación, con lo cual el proceso de contratación –lo que incluye la etapa de ejecución contractual– perdería objetividad e imparcialidad.

Ahora, en relación con la materia de la consulta, corresponde destacar que la parte final del literal g), del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece lo siguiente: *“Tratándose de personas jurídicas el impedimento le alcanza si la referida intervención se produce a través de personas que se vinculan a esta”*.

Como se puede advertir, de acuerdo con esta disposición, no sólo la persona que interviene en alguna de las actuaciones contempladas en el referido literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se encontrará impedida de participar en el proceso de contratación correspondiente, sino que la persona jurídica con la cual esta persona (la que interviene en las referidas actuaciones) se vincule, también estará impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista.

Con ello, se reafirma que la finalidad del impedimento es evitar que la persona que intervino en determinada actuación del proceso de contratación (en el presente caso, en la determinación de las características técnicas del objeto) sea parte de este (en el presente caso, en la etapa de ejecución contractual), ya sea directamente como participante, postor, contratista o subcontratista o de manera indirecta vinculándose al proveedor que tenga alguna de las calidades antes mencionadas.

Bajo esta consideración, no sólo el profesional que interviene directamente en la elaboración del expediente técnico se encuentra impedido de participar en el proceso de contratación de la obra, sino que, en caso este estuviese vinculado con una persona

jurídica, esta última también estaría impedida de ser participante, postora, **contratista** o subcontratista en el proceso de contratación que se desarrolle para la ejecución de la obra.

- 2.1.3. Ahora, como se anotó, la consulta versa sobre la posibilidad de que el profesional que intervino directamente en la elaboración del expediente técnico de obra pueda ser residente de la misma obra.

Para dilucidar esta cuestión, es preciso considerar que el residente de obra es uno de los profesionales responsables de la dirección técnica de la obra hasta la culminación de los trabajos. Incluso, de acuerdo con el artículo 179 del Reglamento “*el residente **representa** al contratista como responsable técnico de la obra*”. De ello se desprende que existe una clara vinculación –en cierto sentido, incluso, una identidad- entre el residente y la persona jurídica que se encargará de la ejecución de la obra.

Habiendo quedado claro el vínculo entre el residente y el contrista encargado de ejecutar la obra, y considerando lo dispuesto en el último párrafo del literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se puede concluir que un proveedor que tenga la condición de persona jurídica, no podrá acreditar como residente de obra a un profesional que intervino directamente en la elaboración del expediente técnico de obra, pues de hacerlo estaría impedido de ser contratista o subcontratista¹ en el proceso de contratación que se desarrolle para la ejecución de dicha obra.

- 2.2. “¿Existiría impedimento para que el ingeniero que suscribió el expediente técnico de obra, el cual fue contratado por una empresa consultora para realizar dicha contratación sea personal clave de la misma obra?”**

- 2.2.1. Como se anotó al absolver la consulta anterior, de acuerdo con el literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, no sólo el profesional que interviene directamente en la elaboración del expediente técnico se encuentra impedido de participar en el proceso de contratación de la obra, sino que, en caso este estuviese vinculado con una persona jurídica, esta última también estaría impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista en el proceso de contratación (en todas sus etapas) que se desarrolle para la ejecución de la obra.

Cabe reiterar, que el referido impedimento del profesional que elaboró el expediente técnico de obra, así como de la persona jurídica con la que este se vincula, se justifica en que: i) dicho profesional dispondría de información específica y mucho más detallada de la obra, en comparación con otros proveedores que potencialmente podrían presentarse en el procedimiento de selección para contratar la ejecución de la obra; y ii) que, de permitírsele liminarmente que este participe en el proceso de contratación como participante, postor, contratista o subcontratista, se estaría creando el riesgo de que este profesional favorezca su propia participación, con lo cual el proceso de contratación –lo que incluye la etapa de ejecución contractual- perdería objetividad e imparcialidad.

- 2.2.2. Ahora, con el fin de absolver la consulta formulada, corresponde mencionar que el personal clave de una obra es el equipo de profesionales y técnicos que propone y

¹ Considerando que quien acredita al personal clave y, entre este, al residente de obra es el postor ganador de la buena pro, al momento de la suscripción del contrato.

acredita el proveedor en el proceso de contratación para la ejecución de la obra, a fin de que se encarguen la dirección técnica de dicha ejecución².

En esa línea, cabe anotar que, de acuerdo con el artículo 190 del Reglamento, **el contratista tiene la obligación de ejecutar la obra en su integridad con el personal clave acreditado**, a menos que se produzca alguna situación excepcional que justifique su sustitución, previa aprobación de la entidad.

Así las cosas, queda clara la estrecha vinculación que existe entre el proveedor que se encargará de ejecutar la obra y el personal clave que se encargará de la dirección técnica de dicha ejecución. Esta relación, como se anotó, es –por regla general- de carácter **permanente** hasta la culminación de la ejecución de la obra; así, siendo el reemplazo del personal clave una circunstancia excepcional, no debería ser usada para romper la independencia de los roles de consultor de obra y ejecutor de obra.

Habiendo quedado claro el vínculo entre personal clave y el contratista encargado de ejecutar la obra, se puede concluir, en virtud de lo dispuesto en la última parte del literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, que un proveedor que tenga la condición de persona jurídica, no podrá proponer como personal clave a un profesional que intervino directamente en la elaboración del expediente técnico de obra, pues de hacerlo estaría impedida de ser contratista o subcontratista en el proceso de contratación que se desarrolle para la ejecución de dicha obra.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Conforme al literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, un proveedor que tenga la condición de persona jurídica no podrá acreditar como residente de obra a un profesional que intervino directamente en la elaboración del expediente técnico de obra, pues de hacerlo estaría impedida de ser contratista o subcontratista en el proceso de contratación –lo que incluye la etapa de ejecución contractual- que se desarrolle para la ejecución de dicha obra.
- 3.2. Conforme al literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, un proveedor que tenga la condición de persona jurídica no podrá acreditar como personal clave a un profesional que intervino directamente en la elaboración del expediente técnico de obra, pues de hacerlo estaría impedida de ser contratista o subcontratista en el proceso de contratación –lo que incluye la etapa de ejecución contractual- que se desarrolle para la ejecución de dicha obra.

Jesús María, 11 de junio de 2021.

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

² De acuerdo con el artículo 49 del Reglamento, la experiencia del personal clave es un requisito de calificación, esto es, un indicador de la capacidad con la que cuenta un determinado proveedor para asumir la ejecución de un contrato.



RVC.