

OPINIÓN N° 070-2019/DTN

Solicitante: Latino Servis S.R.L.

Asunto: Aplicación de los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista

Referencia: Carta S/N recibida el 25.MAR.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de la empresa Latino Servis S.R.L. realiza diversas consultas acerca de la aplicación de los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista.

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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, 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.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- "**Ley**" a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por los Decretos Legislativos N° 1341 y N° 1444, 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.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. "En relación al literal s) del art. 11 de la Ley; modificado por D. Leg. 1444; vigente a partir del 30 de enero del 2019.// 1. Se encuentran impedidas de ser postores las empresas constituidas antes de la creación de las empresas sancionadas con inhabilitación temporal o definitiva." (Sic.)**

- 2.1.1. En primer lugar, es importante señalar que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas -esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al mejor precio y calidad, de forma oportuna- y en observancia de los principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario¹, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados mediante ley.

Así, la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con el Reglamento y las demás normas de carácter complementario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.1.2. Ahora bien, la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, 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 numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Al respecto, debe indicarse que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, solo pueden ser establecidos mediante ley; ello debido a la reserva de ley contemplada en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú², en virtud del cual, la Ley regula el procedimiento de toda contratación pública, sus excepciones y sus respectivas responsabilidades.

Conforme a ello, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones públicas se encuentran previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el mismo que contiene un listado de personas - naturales y/o jurídicas- que, por diversas circunstancias, se encuentran imposibilitados de participar en las contrataciones del Estado.

- 2.1.3. De acuerdo con el artículo 11 de la Ley, se advierte que cualquiera sea el régimen de contratación aplicable (incluyendo las contrataciones previstas en el literal a) del artículo 5 de la Ley), están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, las personas -naturales y/o jurídicas- que se encuentren inmersos en alguno de los supuestos establecidos en su numeral 11.1.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

² "Artículo 76.- *Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.*

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades." (El subrayado es agregado).

De esta manera, los impedimentos para los proveedores previstos en la normativa de contrataciones del Estado se configuran **en la oportunidad que éstos intervengan para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista.**

Al respecto, el Anexo N° 1 del Reglamento "Definiciones" se refiere al (i) participante, (ii) postor y (iii) contratista de la siguiente manera:

"Participante: Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección."

"Postor: La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta."

"Contratista: El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento."

En relación al subcontratista, tenemos que el artículo 35 de la Ley en su numeral 35.1 establece que *"El contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato hasta el porcentaje que establezca el reglamento, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección"*. Asimismo, en su numeral 35.2 se dispone que *"No se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista"*.

En consecuencia, el subcontratista es aquel proveedor que contrata con un contratista algunas de las prestaciones previstas en el contrato suscrito con la Entidad *-siempre que dicha subcontratación no se encuentre prohibida por la ley o por los documentos del procedimiento de selección y cuente con autorización previa de la Entidad.*

Conforme a ello, un proveedor está impedido de ser participante *-de registrarse en un procedimiento de selección-*, postor *-de presentar su oferta-*, contratista *-de celebrar un contrato con una Entidad-*, y/o subcontratista *-de contratar con un contratista de una Entidad-*, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley, si se encuentra inmerso en alguno de los supuestos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

- 2.1.4. En atención a la materia objeto de consulta, debe precisarse que los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado constituyen medidas que restringen *-por diversas circunstancias-* la libre participación de proveedores en la oportunidad en que éstos intervengan para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en las contrataciones del Estado.

De esa manera, en el caso de las personas jurídicas, éstas *-independientemente a la fecha de su constitución-* se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas si en el momento de registrarse, presentar sus ofertas y/o suscribir contratos se encuentran inmersos en alguno de los supuestos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, inclusive si se configura el

impedimento regulado en el literal s) del citado dispositivo³.

2.2. "Se encuentran impedidas de ser postores, las empresas creadas durante la vigencia del D. Leg. 1341, vigente desde el 03 de abril del 2017 hasta el 30 de enero del 2019." (Sic.).

De conformidad con lo indicado al absolver la consulta anterior, los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado constituyen medidas que restringen -por diversas circunstancias- la libre participación de proveedores en la oportunidad en que éstos intervengan para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en las contrataciones del Estado.

De esa manera, en el caso de las personas jurídicas, éstas *-independientemente a la fecha de su constitución-* se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas si en el momento de registrarse, presentar sus ofertas y/o suscribir contratos se encuentran inmersos en alguno de los supuestos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

2.3. "En virtud del principio de irretroactividad de la Ley, se aplica solo a las empresas creadas o por crearse a partir del 30 de enero del 2019." (Sic.).

Conforme a lo indicado al absolver las consultas precedentes, debe precisarse que los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado constituyen medidas que restringen -por diversas circunstancias- la libre participación de proveedores en la oportunidad en que éstos intervengan para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en las contrataciones del Estado.

En ese sentido, en el caso de las personas jurídicas, éstas *-independientemente a la fecha de su constitución-* se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, si es que en el momento de intervenir como tales en un proceso de contratación, se encuentran inmersos en alguno de los supuestos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

3. CONCLUSIÓN

En el caso de las personas jurídicas, éstas *-independientemente a la fecha de su constitución-* se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, si es que en el momento de intervenir como tales en un proceso de

³ "s) En todo proceso de contratación y siempre que cuenten con el mismo objeto social, las personas jurídicas cuyos integrantes formen o hayan formado parte en la fecha en que se cometió la infracción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. El impedimento también es aplicable a la persona jurídica cuyos integrantes se encuentren sancionados administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. Para estos efectos, por integrantes se entiende a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento es aplicable siempre que su participación individual o conjunta sea superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente." Literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

contratación, se encuentran inmersos en alguno de los supuestos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Jesús María, 2 de mayo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

TAM