

**OPINIÓN N° 075-2022/DTN**

Solicitante: Órgano de Control Institucional – OCI de la Municipalidad Provincial de Chiclayo – Contraloría General de la República

Asunto: Impedimentos

Referencia: Formulario S/N de fecha 05.AGO.2022 - Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el Jefe del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, señor Boris Enrique Oblitas Gastelo, formula consulta referida a las modificaciones contractuales reguladas 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 en términos genéricos y vinculadas 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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La última modificación al Decreto Supremo N°344-2018-EF ha sido realizada mediante el Decreto Supremo N°162-2021-EF, publicado el 26 de junio de 2021.

La consulta formulada es la siguiente:

**2.1. “En los actos preparatorios de los procedimientos de selección, durante el estudio de mercado, ¿Puede la entidad, invitar a cotizar o a presentar propuesta técnica-económica a un servidor de su entidad (cualquiera sea el régimen legal de contratación), considerando más aún que el citado trabajador ejerce funciones para el área usuaria, a fin de que su cotización sea utilizada en la determinación de valor estimado de la contratación?” (Sic.)**

2.1.1 De manera previa, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado<sup>2</sup> permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en dicha normativa pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procesos de contratación con el Estado.

Sobre el particular, es importante indicar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el régimen de contratación estatal -tales como el de Libertad de Concurrencia<sup>3</sup>, Competencia<sup>4</sup>, Publicidad<sup>5</sup>, Transparencia<sup>6</sup>, Igualdad de trato<sup>7</sup>, entre otros-, así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

En ese contexto, cabe anotar que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en los procesos de contratación con el Estado, **solo pueden ser establecidos mediante ley**; así, toda vez que en el ordenamiento jurídico nacional rige el Principio de Inaplicabilidad por Analogía de las Normas

---

<sup>2</sup> La normativa de contrataciones del Estado está compuesta por la Ley, su Reglamento y las demás normas reglamentarias emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

<sup>3</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”. De conformidad con el literal a) del artículo 2 de la Ley.

<sup>4</sup> “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”. De conformidad con el literal e) del artículo 2 de la Ley.

<sup>5</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”. De conformidad con el literal d) del artículo 2 de la Ley.

<sup>6</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”. De conformidad con el literal c) del artículo 2 de la Ley.

<sup>7</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”. De conformidad con el literal b) del artículo 2 de la Ley.

que Establecen Excepciones o Restringen Derechos<sup>8</sup>, **tales impedimentos no pueden ser aplicados por analogía ni hacerse extensivos a supuestos distintos a los previstos en la ley.**

2.1.2. Precisado lo anterior, debe indicarse que 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 supuestos aplicables a ciertas personas que, por diversas circunstancias –como el cargo público que ejercen en la Entidad contratante, su relación de parentesco, el haber sido sancionados, entre otros-, se encuentran **imposibilitadas de participar en las contrataciones del Estado.**

Así, de acuerdo con el literal f) del referido artículo, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cualquiera sea el régimen de contratación aplicable, "Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior [es decir, aquellos que conforme al literal e) tienen poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia<sup>9</sup>], 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).

Como se aprecia, en virtud del literal f) del artículo 11 de la Ley, los servidores públicos sin poder de dirección o decisión que laboren en una Entidad, independientemente del régimen de contratación aplicable, se encuentran impedidos de participar en todo proceso de contratación convocado por dicha Entidad, y por lo tanto, no pueden ser **participantes, postores, contratistas ni subcontratistas en tales procesos de contratación, mientras ejerzan el cargo de servidores públicos.**

2.1.2 Ahora bien, a fin de determinar los alcances del impedimento en cuestión, resulta pertinente observar las definiciones de "participante", "postor", "contratista" y subcontratista, que contempla la normativa de Contrataciones del Estado. Así, conforme al Anexo de Definiciones del Reglamento, se entiende por

<sup>8</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*".

<sup>9</sup> Según el literal e) del artículo 11 de la Ley, están impedidos "*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. Los directores de las empresas del Estado y los miembros de los Consejos Directivos de los organismos públicos del Poder Ejecutivo se encuentran impedidos en el ámbito de la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de haber culminado el mismo*". (El énfasis es agregado).

participante, al " *Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección.*".

Asimismo, conforme a la definición de "postor" que establece el referido Anexo, se entiende por éste a "*La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta.*"; por su parte, "contratista" es "*El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento*", mientras que por "subcontratista" se entiende a aquel proveedor que -conforme a lo dispuesto en los artículos 35 de la Ley<sup>10</sup> y 147 del Reglamento<sup>11</sup>- ha sido autorizado para ejecutar ciertas prestaciones que son obligación del Contratista.

De esta manera, conforme a las definiciones antes referidas, puede advertirse que, **dentro del proceso de contratación, el alcance del impedimento inicia desde el momento en que se le prohíbe al proveedor registrarse como participante en el procedimiento de selección, en adelante.**

2.1.3. Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que todo proceso de contratación se desarrolla en tres (3) fases:

- **Fase de actuaciones preparatorias**, que comprende: i) definición de necesidades y aprobación del Plan Anual de Contrataciones; **ii) realización de indagación de mercado a fin de determinar el valor estimado y el tipo de procedimiento de selección a convocarse**, iii) la aprobación del expediente de contratación, entre otros; iv) designación del Comité Especial; y, v) elaboración y aprobación de los documentos del procedimiento de selección.

- **Fase selectiva**, que se desarrolla en las siguientes etapas principales: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación de consultas y observaciones; iv) absolución de consultas y observaciones e integración de Bases; vi) presentación de ofertas; vii) evaluación viii) calificación de ofertas; y, viii) otorgamiento de la Buena Pro, hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

- **Fase de ejecución contractual**, que va desde el perfeccionamiento del contrato

---

<sup>10</sup> "35.1 *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.*

35.2 *No se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.*

35.3 *Para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) no estar impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado."*

<sup>11</sup> "147.1. *Se puede subcontratar por un máximo del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección o cuando se trate de prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.*

147.2. *La Entidad aprueba la subcontratación por escrito y de manera previa, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la Entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido rechazado.*

147.3. *No cabe subcontratación en la Selección de Consultores Individuales".*

hasta la culminación de la ejecución de las prestaciones contratadas, conformidad o liquidación y pago final.

- 2.1.3 Precisado lo anterior, cabe anotar que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que un proveedor impedido de ser participante, postor, contratista y subcontratista en los procesos de contratación con el Estado -por ejemplo, en virtud del literal f) del artículo 11 de la Ley- se encuentre también impedido de emitir cotizaciones a las Entidades para que éstas realicen la indagación de mercado durante la fase de actuaciones preparatorias<sup>12</sup>; dicha normativa sólo proscribe que el proveedor impedido se inscriba como participante en el procedimiento de selección, presente ofertas, suscriba contratos con el Estado y actúe como subcontratista cuando se encuentra inmerso en alguno de los supuestos que establece el referido artículo y que lo imposibilita para tales efectos.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que, conforme se desprende del artículo 32 del Reglamento, la realización de la indagación de mercado tiene como propósito salir al mercado a fin de determinar el valor estimado de la contratación, y contiene el análisis de diversos aspectos como la pluralidad de marcas, postores, la posibilidad de distribuir la buena pro, entre otros, lo que implica obtener información sobre el mercado, el mismo que es de un ámbito externo a la Entidad que requiere efectuar la contratación. En ese marco, el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad tiene la responsabilidad de determinar las fuentes que empleará para realizar la indagación de mercado de manera que se cumpla con el objetivo de dicha indagación. Para ello, puede emplear información existente, como las contrataciones que hubiera realizado el sector público o privado, contrataciones anteriores de la misma Entidad, así como cotizaciones de proveedores, en cuyo caso, deberá procurar que correspondan a bienes o servicios que guarden similitud con el requerimiento.

- 2.2. *“En los actos preparatorios para los procedimientos de selección, durante el estudio de mercado, ¿Puede un servidor público que labora en la misma entidad pública, presentar su cotización para la determinación del valor estimado de la contratación, considerando, además, que se trata del mismo servidor que ejerce funciones para el área usuaria?”*** (Sic.)

- 2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que un proveedor impedido de ser participante, postor, contratista y subcontratista en los procesos de contratación con el Estado -por ejemplo, en virtud del literal f) del artículo 11 de la Ley- se encuentre también impedido de emitir cotizaciones a las Entidades para que éstas realicen la indagación de mercado durante la fase de actuaciones preparatorias; dicha normativa sólo proscribe que el proveedor impedido se inscriba como participante en el procedimiento de selección, presente ofertas, suscriba contratos con el Estado y actúe como subcontratista cuando se

---

<sup>12</sup> Conforme a lo dispuesto en el numeral 32.1 del artículo 32 del Reglamento, “(...) el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de realizar indagaciones en el mercado para determinar el valor estimado de la contratación”.

encuentra inmerso en alguno de los supuestos que establece el referido artículo y que lo imposibilita para tales efectos.

### 3. **CONCLUSIÓN**

- 3.1. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que un proveedor impedido de ser participante, postor, contratista y subcontratista en los procesos de contratación con el Estado -por ejemplo, en virtud del literal f) del artículo 11 de la Ley- se encuentre también impedido de emitir cotizaciones a las Entidades para que éstas realicen la indagación de mercado durante la fase de actuaciones preparatorias; dicha normativa sólo proscribire que el proveedor impedido se inscriba como participante en el procedimiento de selección, presente ofertas, suscriba contratos con el Estado y actúe como subcontratista cuando se encuentra inmerso en alguno de los supuestos que establece el referido artículo y que lo imposibilita para tales efectos.

Jesús María, 16 de septiembre de 2022

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

LAA