

OPINIÓN N° 075-2023/DTN

Solicitante: Centro de Altos Estudios Nacionales – Escuela de Posgrado
Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista.
Referencia: Formulario S/N 21.JUN.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Walter Roger Martos Ruiz, Director General del Centro de Altos Estudios Nacionales – Escuela de Posgrado, formula una consulta relacionada con la aplicación de los impedimentos previstos en los literales a), b), c) d) y e) del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley en contratos de servicios.

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 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. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias (en adelante, la “Ley”).
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sin considerar sus ulteriores modificatorias (en adelante, el “Reglamento”).

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

2.1. “¿Si en el marco de la contratación de servicios los impedimentos previstos en los literales a), b), c) d) y e) del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del estado, resultan aplicables?” (Sic.)

- 2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que **toda persona**, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en esta, pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procesos de contratación 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 inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.**

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, Competencia, Publicidad, Transparencia, Igualdad de Trato*.

En esta medida, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley. Asimismo, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos¹, **los impedimentos previstos en el artículo 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.**

Dicho esto, corresponde mencionar que, desde el literal a) hasta literal f) del numeral 11.1 del referido artículo 11 de la Ley, se enlista a una serie de servidores y funcionarios públicos que, por razón de su influencia, cargo, poder de dirección (entre otras razones), se encuentran prohibidos de participar en los procesos de contratación organizados por las entidades públicas, ya sea como postores contratistas o subcontratistas.

- 2.1.2 Ahora, cabe señalar que las contrataciones llevadas a cabo bajo el ámbito de la normativa de Contrataciones del Estado pueden consistir en **la prestación de servicios**, la realización de consultorías o la ejecución de obras; conforme a la definición de “Prestación” contemplada en el Anexo Único del Reglamento, “Anexo de Definiciones”.

Mencionado lo anterior, y en relación con la consulta formulada, corresponde anotar que aquellos funcionarios o servidores públicos que se encuentren inmersos en alguno de los supuestos contemplados entre los literales que van desde el a) hasta el f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se encontrarán impedidos de participar en los procesos de contratación como participantes, postores, contratistas o subcontratistas, en el tiempo y espacio que corresponda según el caso, ***y para todo objeto contractual incluyendo la prestación de servicios.***

Sobre el particular, corresponde agregar que, de conformidad con el Anexo N° 1 del Reglamento, “Definiciones”, un **servicio** *-en el marco de la normativa de contrataciones del Estado-* **es aquella actividad o labor que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines, asimismo, puede clasificarse en tres distintos tipos: i) servicio en general; ii) consultoría en general; y, iii) consultoría de obra.**

- 2.1.3 Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, a través del Acuerdo de Sala Plena N° 003-2021/TCE², el Tribunal de Contrataciones del Estado estableció el siguiente criterio interpretativo: **“Los impedimentos para contratar con el Estado aplicables a los funcionarios o servidores públicos mencionados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando ésta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios.”**

¹ 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”*.

² Publicado en el diario El Peruano el 7 de abril de 2021.

Al respecto, cabe precisar que, de conformidad con el numeral 59.3³ del artículo 59 de la Ley y con el artículo 130 del Reglamento, **los acuerdos de sala plena adoptados por el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE) son criterios interpretativos de carácter general referidos a las disposiciones que conforman la normativa de Contrataciones del Estado, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria.**

En consecuencia, de conformidad con el criterio vertido en el Acuerdo de Sala Plena N° 003-2021/TCE emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado, **el cual constituye un precedente de observancia obligatoria** según el numeral 59.3 del artículo 59 de la Ley, los impedimentos para contratar con el Estado aplicables a los funcionarios o servidores públicos mencionados en los literales a), b), c), d), e) y f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, **no son extensibles a su labor docente, tanto cuando ésta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios.**

3. CONCLUSIONES

- 3.1** Aquellos funcionarios o servidores públicos que se encuentren inmersos en alguno de los supuestos contemplados entre los literales que van desde el a) hasta el f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se encontrarán impedidos de participar en los procesos de contratación como participantes, postores, contratistas o subcontratistas, en el tiempo y espacio que corresponda según el caso, ***y para todo objeto contractual incluyendo la prestación de servicios.***
- 3.2** De conformidad con el criterio vertido en el Acuerdo de Sala Plena N° 003-2021/TCE emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado, el cual constituye un precedente de observancia obligatoria según el numeral 59.3 del artículo 59 de la Ley, los impedimentos para contratar con el Estado aplicables a los funcionarios o servidores públicos mencionados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando ésta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios.

Jesús María, 14 de julio de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/CAJS.

³“59.3. **Mediante acuerdos adoptados en Sala Plena, los cuales constituyen precedente de observancia obligatoria**, el Tribunal de Contrataciones del Estado interpreta de modo expreso y con carácter general las normas establecidas en el presente Ley y su Reglamento” (El énfasis es agregado).