

OPINIÓN N° 097-2022/DTN

Solicitante: Javier Luis Sicchar Rondinelli

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

Referencia: Formulario S/N de fecha 18.OCT.2022 – Consulta sobre la Normativa de Contrataciones del Estado

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Javier Luis Sicchar Rondinelli formula varias consultas relacionadas con la Aplicación de impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista previstos 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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

¹ En atención a la competencia conferida en virtud del literal n) del artículo 52 de la Ley, se ha revisado el contenido de la solicitud de consulta a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°2 del TUPA del OSCE “Solicitud de Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que las consultas N°3,4, 5 y 6 no pueden ser atendidas en el marco de la presente Opinión, toda vez que la primera de ellas hace referencia a leyes ajenas al marco de la normativa de Contrataciones del Estado sobre las cuales este despacho no tiene competencia para emitir Opinión; la segunda está orientada a determinar si, a partir de ciertas resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado, resulta aplicable o no el impedimento previsto en el literal h) del artículo 11 de la Ley, lo cual implicaría efectuar un análisis sobre casos concretos y no sobre disposiciones de la normativa de contratación pública; mientras que las consultas N°5 y N°6, respectivamente, no se encuentran vinculadas al dispositivo normativo que es materia de análisis, sino que buscan determinar si las resoluciones mencionadas del Tribunal de Contrataciones del Estado y las Opiniones del OSCE tienen carácter “vinculante”, respecto de lo cual, cabe anotar que conforme a lo dispuesto en el numeral 59.3 del artículo 59 de la Ley, los acuerdos de Sala Plena que emite dicho Tribunal constituyen precedentes de observancia obligatoria, mientras que mediante Opinión se establecen criterios generales sobre la aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado (y no sobre casos concretos), conforme al artículo 52 de la Ley. Por tanto, al no cumplir

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias².

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguiente:

2.1. “PARA LA APLICACIÓN DEL IMPEDIMENTO CONSAGRADO EN EL LITERAL H), SUB NUMERAL IV) DEL ARTÍCULO 11.1 DEL TUO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO RESPECTO DEL CONVIVIENTE, ¿SE REQUIERE QUE EL VÍNCULO DE CONVIVENCIA ENTRE EL SERVIDOR PÚBLICO –SIN PODER DE DIRECCIÓN O DECISIÓN DE LA ENTIDAD – Y EL PRESUNTO CONVIVIENTE ESTÉ ACREDITADO E INSCRITO COMO “RELACIÓN DE CONVIVENCIA” EN EL REGISTRO DE PERSONAS NATURALES DE LA SUNARP?”

De manera preliminar, debe indicarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas consultas genéricas, vinculadas entre sí, referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado³, y no sobre situaciones particulares cuya absolución requiere un análisis de cuerpos normativos ajenos a aquella.:

Tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación, se brindarán alcances generales sobre el impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista regulado en los literales f) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Impedimentos para contratar con el Estado

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 Ley⁴

con los requisitos previstos en el TUPA del OSCE, dichas consultas no podrán ser absueltas en el marco de la presente Opinión.

² La última modificación al Decreto Supremo N° 344-2018-EF ha sido realizada mediante el Decreto Supremo N° 234-2022-EF.

³ Cabe precisar que dicha normativa se encuentra compuesta por la Ley, su Reglamento y las disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

⁴ Al respecto, cabe indicar 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 a las que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley.

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 Concurrencia⁵, Competencia⁶, Publicidad⁷, Transparencia⁸, Igualdad de Trato⁹, 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 derechos¹⁰, 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.

Impedimentos incluidos en los literales f) y h) del artículo 11 de la Ley

2.1.2. Dentro de los referidos impedimentos previstos en la Ley se encuentra el regulado en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11, el cual establece que están impedidas 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

⁵ “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.

⁶ “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.

⁷ “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.

⁸ “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.

⁹ “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.

¹⁰ 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”.

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; 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.

- 2.1.3. Por su parte, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que “*El cónyuge, **conviviente** o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios: (...) (iv) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales f) y g), **el impedimento tiene el mismo alcance** al referido en los citados literales.*” (El énfasis es agregado)

De esta manera, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado dispone que el cónyuge, **conviviente** o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas comprendidas en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, **se encontrarán impedidos de ser proveedores del Estado** –esto es, no podrán actuar como participantes, postores, contratistas ni subcontratistas - **en el mismo alcance que establece la Ley para la persona impedida con la que están vinculados**.

En consecuencia, conforme a lo dispuesto en los literales f) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los **convivientes** de los servidores públicos sin poder de decisión o dirección –según la ley especial de la materia- en ejercicio del cargo, se encontrarán impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en las contrataciones de la Entidad a la que pertenezcan dichos servidores; luego del cese del cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, dichas personas (los convivientes) sólo estarían impedidas en el ámbito de los procesos que convoque la referida Entidad, siempre que por la función desempeñada por dichos servidores éstos hubieran contado con influencia, poder de decisión, información privilegiada respecto de tales procesos o conflicto de intereses.

Finalmente, es importante anotar que en el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, para la aplicación del impedimento al conviviente de una persona impedida en virtud del literal f) del artículo 11 de la Ley, se requiere acreditar la existencia del vínculo de convivencia a que se refiere el literal h) del mencionado artículo, la cual podría verificarse a partir de la declaración expresa del propio proveedor del Estado, por la declaración expresa o declaración jurada de intereses del propio servidor y/o a través de su inscripción formal en los registros públicos conforme a ley especial de la materia que regula dicha formalización; situación que corresponde ser analizada por cada Entidad, considerando los elementos particulares del caso concreto.

- 2.2. ***“¿EN EL SENTIDO INVERSO, SE PUEDE AFIRMAR QUE, DE NO ENCONTRARSE INSCRITO EL VÍNCULO COMO “RELACIÓN DE CONVIVENCIA” EN EL REGISTRO DE PERSONAS NATURALES DE LA SUNARP, EL IMPEDIMENTO CONSAGRADO EN EL LITERAL H), SUB***

NUMERAL IV) DEL ARTÍCULO 11.1 DEL TUO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO DICHO IMPEDIMENTO NO PODRÍA SER APLICADO AL PRESUNTO CONVIVIENTE, INCLUSO AUQUE ESTE ÚLTIMO TENGA HIJOS CON EL SERVIDOR PÚBLICO – SIN PODER DE DIRECCIÓN O DECISIÓN – Y/O HAYA DECLARADO TENER ALGÚN TIPO DE VÍNCULO CON EL SERVIDOR PÚBLICO – SIN PODER DE DIRECCIÓN O DECISIÓN – Y/O HAYA DECLARADO SU RELACIÓN CON EL SERVIDOR PÚBLICO – SIN PODER DE DIRECCIÓN O DECISIÓN –CALIFICANDO DICHA RELACIÓN COMO UNA RELACIÓN DE “CONVIVENCIA”?”.

2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, en el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, para la aplicación del impedimento al conviviente de una persona impedida en virtud del literal f) del artículo 11 de la Ley, se requiere acreditar la existencia del vínculo de convivencia a que se refiere el literal h) del mencionado artículo, la cual podría verificarse a partir de la declaración expresa del propio proveedor del Estado, por la declaración expresa o declaración jurada de intereses del propio servidor y/o a través de su inscripción formal en los registros públicos conforme a ley especial de la materia que regula dicha formalización; situación que corresponde ser analizada por cada Entidad, considerando los elementos particulares del caso concreto.

3. CONCLUSIÓN

En el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, para la aplicación del impedimento al conviviente de una persona impedida en virtud del literal f) del artículo 11 de la Ley, se requiere acreditar la existencia del vínculo de convivencia a que se refiere el literal h) del mencionado artículo, la cual podría verificarse a partir de la declaración expresa del propio proveedor del Estado, por la declaración expresa o declaración jurada de intereses del propio servidor y/o a través de su inscripción formal en los registros públicos conforme a ley especial de la materia que regula dicha formalización; situación que corresponde ser analizada por cada Entidad, considerando los elementos particulares del caso concreto.

Jesús María, 15 de noviembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/GMS