

OPINIÓN N° 100-2023/DTN

Entidad: Servicios Generales Orvil E.I.R.L. - ORVIL E.I.R.L.

Asunto: Impedimentos para contratar con el Estado

Referencia: Formulario S/N de fecha 25.AGO.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Representante Legal de la empresa Servicios Generales Orvil E.I.R.L. - ORVIL E.I.R.L, formula consultas sobre los impedimentos para contratar con el 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

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE “Consultas del Sector Privado y la Sociedad Civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la consulta N° 5 no se encuentra planteada en términos genéricos, sino que busca que este Organismo Técnico Especializado se pronuncie sobre la procedencia de realizar el pago en un determinado escenario, razón por la cual dicha consulta no será absuelta, toda vez que su análisis excede la habilitación legal otorgada a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

2.1 “Cuáles son los límites, alcances, y restricciones de tales numerales del Artículo 11 y si tal supuesto aplica para el cónyuge del representante legal (persona jurídica-proveedor) donde el servidor o trabajador público de la entidad, no es participante, postor, contratista y/o subcontratista?” (Sic).

2.1.1 Antes de iniciar el presente análisis, cabe señalar que la presente consulta no se ha formulado de manera clara, sin embargo, a partir de lo indicado en la solicitud presentada se advierte que esta se encuentra vinculada con los impedimentos previstos en los literales f), h) y k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por lo que los criterios desarrollados a continuación se encontraran relacionados con dichos dispositivos.

Al respecto, la normativa de contrataciones del Estado² permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta pueda ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones del Estado.

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, entre otros*– así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

En esta medida, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones del Estado, solo pueden ser establecidos mediante ley. Asimismo, toda vez que en el ordenamiento jurídico nacional rige el Principio de Inaplicabilidad por Analogía de las Normas que Establecen Excepciones o Restringen Derechos³, **dichos impedimentos no pueden ser aplicados por analogía a supuestos distintos a los previstos en la ley.**

Conforme a ello, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones públicas se encuentran recogidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el mismo que contiene un listado de personas que, por diversas circunstancias –*como el cargo público que ejercen, su relación de parentesco, el haber sido sancionados, etc*–, se encuentran **imposibilitados de participar en las contrataciones del Estado.**

2.1.2 Ahora bien, entre los referidos impedimentos se tiene el establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por el cual se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado, “*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*

² La normativa de contrataciones del Estado está compuesta por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las Directivas correspondientes.

³ 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*”.

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 subrayado es agregado).

Como es de verse los **funcionarios públicos**, no pueden ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en ningún proceso de contratación, a nivel nacional, durante el ejercicio del cargo, y luego de haber dejado el cargo hasta doce (12) meses después, estarán impedidos solo en la entidad a la que pertenecieron; cabe precisar que, respecto de los funcionarios públicos, el literal e) no ha establecido como condición que este cuente con influencia, poder de decisión o dirección, esto en la medida que siendo funcionario público se asume que cuenta con poder de dirección y de decisión.

De igual modo, se ha incluido en el literal e) a los **servidores públicos con poder de dirección o decisión** quienes no pueden ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en ningún proceso de contratación, a nivel nacional, durante el ejercicio del cargo, y luego de haber dejado el cargo hasta doce (12) meses después, estarán impedidos solo en la entidad a la que pertenecieron.

En este punto, debe precisarse que la diferencia entre funcionario público y servidor público con poder de dirección o decisión o sin este, se encuentra regulada en las normas especiales de la materia.

- 2.1.3 Por otro lado, **el literal f)** del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas *“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 subrayado es agregado).

Como se advierte, el impedimento establecido en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley no hace referencia a los funcionarios públicos, sino que establece que **los servidores públicos que no cuentan con poder de dirección o decisión se encuentran impedidos de participar en procedimientos de selección, formular ofertas, contratar y/o subcontratar con la Entidad a la que pertenecen mientras ejercen su función**, y luego de haber dejado el cargo, hasta doce (12) meses después solo cuando por su función ese servidor haya tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada sobre el proceso de contratación bajo análisis o conflicto de intereses.

- 2.1.4 Ahora bien, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que también se encuentran impedidos: *“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:*

- (i) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas;*
- (ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el*

- impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;*
- (iii) *Cuando la relación existe con las personas comprendidas en el literal e), el impedimento se configura en la Entidad a la que pertenecen estas personas mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;*
- (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 subrayado es agregado).

Como se puede advertir, en virtud del referido literal h) se extiende el impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista a ciertos familiares de las personas incursas en los literales a), b), c), d), e), **f)** y g).

De esta manera, a partir del análisis conjunto de los literales f) y h), se puede concluir que el cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un servidor público sin poder de dirección o decisión se encontrará impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en todo proceso de contratación realizado por la Entidad a la que pertenece el referido servidor público (sin poder de dirección o decisión), mientras este último ejerza su función⁴.

- 2.1.5 Por su parte, adicionalmente a lo señalado en los párrafos precedentes, el literal k) del referido artículo 11 de la Ley extiende el alcance de los impedimentos conforme a lo siguiente: *“En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes [entre ellos, los literales f) y h) vinculados a los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, así como a sus familiares], las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas. (...)”*. (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, en virtud del literal k) una persona jurídica se encontrará impedida de participar en los procesos de contratación pública, cuando las personas descritas en los literales del a) hasta el j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley tengan la condición de integrantes de sus órganos de administración, de apoderados o representantes legales.

El alcance de este impedimento para la persona jurídica se determinará en función del alcance del impedimento que ostente la persona o personas con calidad de integrante de los órganos de administración, de apoderados o de representantes legales. De ello se advierte que el impedimento contemplado en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, busca evitar que las personas que se encuentran impedidas de conformidad con lo dispuesto en los literales comprendidos entre el a) y el j) del precitado dispositivo normativo, participen en los procesos de contratación a través de una persona jurídica respecto de la cual ejercen su representación legal o voluntaria, o, forman parte de los órganos que la constituyen.

- 2.1.6 De esta manera, tal como se indicó previamente, en virtud de los literales f) y h), el cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (entiéndase “familiar”) de un servidor público sin poder de dirección o decisión se

⁴ Y luego de haber dejado el cargo, hasta doce (12) meses después solo cuando por su función ese servidor público haya tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada sobre el proceso de contratación bajo análisis o conflicto de intereses.

encontrará impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en todo proceso de contratación realizado por la Entidad a la que pertenece el referido servidor público (sin poder de dirección o decisión), mientras este ejerza su función.

Adicionalmente, en virtud del literal k), el impedimento también alcanzará a las personas jurídicas en las que dicho **“familiar”** sea integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal, por el mismo ámbito y tiempo establecido para este último, es decir, tal impedimento aplicará en todo proceso de contratación respecto de la Entidad a la que pertenece el servidor público sin poder de dirección o decisión (quien es su conyugue, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad), mientras este ejerza su función; y luego de que este haya dejado su cargo, hasta doce (12) meses después solo cuando por la función desempeñada hubiese tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada sobre el proceso de contratación bajo análisis o conflicto de intereses.

- 2.1.7 En adición a lo señalado, el numeral 9.9 del artículo 9 del Reglamento dispone que *“Los proveedores son responsables de no estar impedidos, al registrarse como participantes, en la presentación de ofertas, en el otorgamiento de la buena pro y en el perfeccionamiento del contrato.”* (El subrayado es agregado).

En esa misma línea, los postores presentan como parte de su oferta la *“Declaración jurada de acuerdo con el artículo 52 del Reglamento”*⁵, en donde declaran no tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

De esta manera, es responsabilidad de cada proveedor asegurarse de que no se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento prevista en el artículo 11 de la Ley, al participar en el procedimiento de selección, así como al suscribir el respectivo contrato, habiéndose además previsto la obligatoriedad de presentar una declaración jurada como parte de su oferta, en la cual declara no encontrarse impedido.

- 2.2 ***“¿El representante legal del proveedor (persona jurídica) en un proceso de contratación está impedido de contratar en razón a que su conyugue es un trabajador o servidor de la entidad, cuando dicho trabajador no tiene poder de disposición, ni injerencia en el proceso de contratación?”*** (Sic).

- 2.2.1 De manera preliminar, es importante aclarar que las Opiniones que emite este Organismo Técnico Especializado realizan un análisis interpretativo sobre el sentido y alcance de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, es decir, las Opiniones que emite el OSCE se limitan a desarrollar alcances de lo ya establecido en la mencionada normativa. El OSCE, en vía de opinión no puede determinar si una persona en particular se encuentra inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en la Ley, aspecto que debe ser determinado a partir de la evaluación de los elementos que constituyen el caso materia de análisis.

Ahora bien, atendiendo al escenario planteado, cabe señalar que en concordancia con lo dispuesto en los literales f), h) y k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se encontrará impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista aquella persona jurídica que tenga como integrante de sus órganos de administración, apoderados o representantes legales al cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo

⁵ Documento de presentación obligatoria para la admisión de la oferta.

grado de consanguinidad o afinidad (entiéndase “familiar”) de un servidor público sin poder de dirección o decisión. En cuanto al alcance del referido impedimento, este aplicará respecto de la Entidad a la que pertenece el servidor público sin poder de dirección o decisión (quien origina el impedimento), mientras este ejerza su función; y luego de que este haya dejado su cargo, hasta doce (12) meses después solo cuando por la función desempeñada hubiese tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada sobre el proceso de contratación bajo análisis o conflicto de intereses.

2.3 ***“¿El deber del proveedor de informar si tiene un impedimento para contratar se extiende al cónyuge trabajador del representante legal del proveedor, cuando este no tiene ninguna función dentro del contrato a realizarse, o que incluso su función de trabajador (servidor público) es en un área distinta al área que convocó el concurso?”*** (Sic).

2.3.1 Tal como se indicó previamente en atención al escenario planteado, en concordancia con lo dispuesto en los literales f), h) y k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se encontrará impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista aquella persona jurídica que tenga como integrante de sus órganos de administración, apoderados o representantes legales al cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (entiéndase “familiar”) de un servidor público sin poder de dirección o decisión. En cuanto al alcance del referido impedimento, este aplicará respecto de la Entidad a la que pertenece el servidor público sin poder de dirección o decisión (quien origina el impedimento), mientras este ejerza su función; y luego de que este haya dejado su cargo, hasta doce (12) meses después solo cuando por la función desempeñada hubiese tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada sobre el proceso de contratación bajo análisis o conflicto de intereses.

A su vez, cabe mencionar que es responsabilidad de cada proveedor asegurarse de que no se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 11 de la Ley, al participar en el procedimiento de selección, así como al suscribir el respectivo contrato, habiéndose además previsto la obligatoriedad de presentar una declaración jurada como parte de su oferta, en la cual declara no encontrarse impedido.

2.4 ***“¿Es factible que la entidad declare la nulidad de un contrato, sin haberse comprobado la injerencia directa que ha tenido el conyugue del proveedor en relación con el concurso público convocado?”*** (Sic).

2.4.1 De manera preliminar, debe reiterarse que, en concordancia con lo dispuesto en los literales f), h) y k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se encontrará impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista aquella persona jurídica que tenga como integrante de sus órganos de administración, apoderados o representantes legales al cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (entiéndase “familiar”) de un servidor público sin poder de dirección o decisión. En cuanto al alcance del referido impedimento, atendiendo al escenario planteado, este aplicará respecto de la Entidad a la que pertenece el servidor público sin poder de dirección o decisión (quien origina el impedimento), mientras este ejerza su función; y luego de que este haya dejado su cargo, hasta doce (12) meses después solo cuando por la función desempeñada hubiese tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada sobre el proceso de contratación bajo análisis o conflicto de intereses.

Por su parte, el artículo 44 de la Ley dispone que después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a. **Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley.** *Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.*
- b. *Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo.*
- c. *Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.*
- d. *Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa. Cuando no se utilice los métodos de contratación previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encuentra bajo su ámbito de aplicación; o cuando se empleé un método de contratación distinto del que corresponde*
- e. *Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar*

Por tanto, cuando se hubiese perfeccionado un contrato contraviniendo lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley, es decir, se hubiese contratado con un proveedor impedido, dicha circunstancia se encontrará inmersa dentro de las causales de nulidad del contrato contempladas en el artículo 44 de la Ley.

Cabe agregar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 145.3 del artículo 145 del Reglamento, cuando la Entidad advierta posibles vicios de nulidad del contrato, corre traslado a las partes para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles⁶.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Atendiendo al escenario planteado, y en concordancia con lo dispuesto en los literales f), h) y k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se encontrará impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista aquella persona jurídica que tenga como integrante de sus órganos de administración, apoderados o representantes legales al cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (entiéndase “familiar”) de un servidor público sin poder de dirección o decisión. En cuanto al alcance del referido impedimento, este aplicará respecto de la Entidad a la que pertenece el servidor público sin poder de dirección o decisión (quien origina el

⁶ Asimismo, de acuerdo con el numeral 44.4 del artículo 44 de la Ley, El Titular de la Entidad puede autorizar la continuación de la ejecución del contrato, previo informes técnico y legal favorables que sustenten tal necesidad. Esta facultad es indelegable

impedimento), mientras este ejerza su función; y luego de que este haya dejado su cargo, hasta doce (12) meses después solo cuando por la función desempeñada hubiese tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada sobre el proceso de contratación bajo análisis o conflicto de intereses.

- 3.2 Es responsabilidad de cada proveedor asegurarse de que no se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 11 de la Ley, al participar en el procedimiento de selección, así como al suscribir el respectivo contrato, habiéndose además previsto la obligatoriedad de presentar una declaración jurada como parte de su oferta, en la cual declara no encontrarse impedido.
- 3.3 Cuando se hubiese perfeccionado un contrato contraviniendo lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley, es decir, se hubiese contratado con un proveedor impedido, dicha circunstancia se encontrará inmersa dentro de las causales de nulidad del contrato contempladas en el artículo 44 de la Ley.

Jesús María, 26 de septiembre de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/