

OPINIÓN N° 111-2019/DTN

Entidad: Consejo Fiscal

Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista

Referencia: Carta N° 083-2019-CF/ST

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Responsable de la Secretaría Técnica del Consejo Fiscal consulta sobre los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”) y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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 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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

La consulta formulada es la siguiente:

“En el marco de los alcances del literal f) de la Ley de Contrataciones del Estado vigente: ¿Un servidor público sin poder de dirección o decisión podría ser participante, postor u contratista y recibir una contraprestación (pago) por la ejecución de prestaciones? Por ejemplo, para la cesión de derechos de autor a título oneroso y/o la ejecución del servicio de investigación.” (Sic).

- 2.1 De manera previa, debe recalcar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer referencia a situaciones o casos concretos. Por lo tanto, el OSCE no puede determinar si para un caso en específico se configuraría alguno de los impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista; aspecto que debe ser analizado por cada Entidad a partir de los elementos que conforman cada caso en concreto.
- 2.2 Aclarando lo anterior, 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 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 11¹ de la Ley.

Asimismo, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que llevan 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 derechos², 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.

- 2.3 Dicho lo anterior, debe señalarse que los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley resultan aplicables cualquiera sea el régimen legal de contratación, inclusive en las contrataciones cuyos montos sean iguales o menores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias.

Ahora bien, dentro de los impedimentos previstos en el referido literal se encuentra el del literal e) por el cual se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, *“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 subrayado es agregado).

Así, en mérito a la referida disposición, para el caso de los funcionarios públicos,

¹ Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, que entró en vigencia el 3 de abril de 2017.

² 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”*.

empleados de confianza o servidores públicos con poder de dirección o decisión, el impedimento se configura de dos formas: **(i) Durante el ejercicio del cargo:** Aquí el impedimento se aplica a todo proceso de contratación llevado a cabo por cualquier entidad pública; y, **(ii) Luego de culminado el cargo y hasta doce (12) meses posteriores:** Donde el impedimento se aplica solo respecto de la Entidad a la que pertenecieron.

- 2.4 Por su parte, 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).

Conforme a la disposición citada, respecto a los servidores públicos no comprendidos en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, es decir aquellos que no cuentan con poder de dirección o decisión, el impedimento se configura: **(i) Durante el ejercicio del cargo:** Respecto de todos los procesos de contratación llevados a cabo por la Entidad a la que pertenecen; y, **(ii) Luego de culminado el cargo y hasta doce (12) meses posteriores únicamente:** Respecto de todos los procesos de contratación llevados a cabo por la Entidad a la que pertenecen, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses. No obstante, la Entidad debe verificar si son o no aplicables restricciones contenidas en otros cuerpos normativos, como es el caso, por ejemplo, de la prohibición de la doble percepción a que se refiere el artículo 40 de la Constitución Política del Perú.

En ese sentido, y en atención a la consulta formulada, un servidor público sin poder de dirección o decisión –durante el ejercicio del cargo– se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleve a cabo la Entidad a la que pertenece.

3. CONCLUSIÓN

Un servidor público sin poder de dirección o decisión –durante el ejercicio del cargo– se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleve a cabo la Entidad a la que pertenece.

Jesús María, 9 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.