

OPINIÓN N° 116-2020/DTN

Solicitante: Polo Ingenieros Contratistas S.R.L.

Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista.

Referencia: Formulario S/N de fecha 17.SEP.2020 – Sector Privado o Sociedad Civil sobre la normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la empresa Polo Ingenieros Contratistas S.R.L. formula consultas sobre los impedimentos indicados en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley 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.

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 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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente a partir del 15 de diciembre de 2019.

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 “Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, determinándose que la Consulta N° 1 no está referida a la normativa de contrataciones del Estado, por lo cual dicha consulta no será absuelta.

2.1 “Existe impedimento n) y m) para ser participante, postor y contratista con el Estado, cuando existe una sentencia condenatoria consentida y ejecutoriada por el delito de colusión?” (Sic.).

2.1.1 De manera previa, tal como se indicó en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el OSCE deben encontrarse referidas a la normativa de contrataciones del Estado, razón por la cual este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre normativa distinta a ella, puesto que ello excede la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. En esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede determinar los elementos que determinan la comisión de ciertos delitos, situación que deberá dilucidarse de conformidad a la normativa penal.

Asimismo, resulta conveniente aclarar que la existencia de un impedimento, y su plena vigencia y eficacia dentro del sistema jurídico, no se ve afectada por su configuración, o no, en un determinado caso concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, se brindarán alcances generales sobre la configuración de los impedimentos descritos en la normativa de contrataciones del Estado.

Impedimentos para contratar con el Estado

2.1.2 En primer lugar, es importante señalar que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas -esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al mejor precio y calidad, de forma oportuna- y en observancia de los principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario², el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados mediante ley.

Así, la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con el Reglamento y las demás normas de carácter complementario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.3 Ahora bien, la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, 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 numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

Al respecto, debe indicarse que los impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista, sólo pueden ser establecidos mediante ley; ello debido a la reserva de ley contemplada en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú³, en virtud del cual la Ley regula el procedimiento de toda contratación pública, sus excepciones y sus respectivas responsabilidades.

Conforme a ello, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones públicas se encuentran previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el cual contiene un listado de personas -naturales y/o jurídicas- que, por diversas circunstancias, se encuentran imposibilitados de participar en las contrataciones del Estado.

Impedimentos incluidos en los literales m) y n)

2.1.4 Dentro de los impedimentos contenidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se encuentra el previsto en el literal m), por el cual se encuentran impedidas *“En todo proceso de contratación, las personas condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países. El impedimento se extiende a las personas que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente”*.

Por su parte, el literal n) del mismo dispositivo establece que se encuentran impedidas *“En todo proceso de contratación, las personas jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas que (i) hubiesen sido condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países; o, (ii) directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente. Tratándose de consorcios, el impedimento se extiende a los representantes legales o personas vinculadas a cualquiera de los integrantes del consorcio.”*

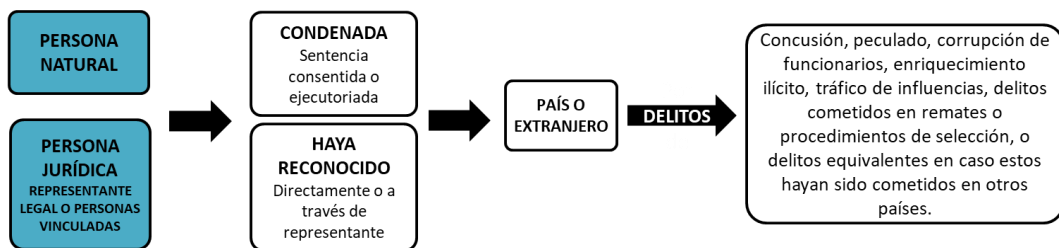
De las normas citadas se advierte que la Ley establece un impedimento para ser participante, postor, contratista o subcontratista en todo proceso de contratación a

³ "Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades. (El subrayado es agregado).

las personas naturales y jurídicas que, directamente o a través de representantes – de ser el caso-, hayan sido condenadas (mediante sentencia consentida o ejecutoriada) o hubieran admitido o reconocido (directamente o a través de sus representantes) en el país o en el extranjero –ante la autoridad competente- la comisión de determinados delitos.

Cabe resaltar que en ambas disposiciones citadas, el requisito de que la sentencia se encuentre consentida o ejecutoriada resulta exigible, evidentemente, sólo cuando corresponde que se emita una sentencia, de conformidad con la normativa en materia penal que resulte aplicable.



PERSONAS VINCULADAS: Persona jurídica propietaria de más del 30% de acciones o participaciones.
Persona natural que ejerce control sobre esta y las otras personas sobre las cuales aquella ejerce también un control.

2.1.5 Ahora bien, conforme a lo indicado anteriormente, uno de los supuestos para la configuración de los impedimentos previstos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley es que la sentencia por la comisión de alguno de los delitos mencionados en dichos incisos –cuando su emisión corresponda-, debe tener la condición de consentida o ejecutoriada, de conformidad con la normativa que regule dicha materia.

Al respecto, dentro de tales figuras penales, los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley contemplan como supuesto que habilita la configuración de los referidos impedimentos la comisión de delitos cometidos en procedimientos de selección.

Sobre el particular, y en atención a la consulta formulada, el artículo 384 del Código Penal⁴ establece respecto al delito de colusión lo siguiente:

*“El funcionario o servidor público que, **interviniendo** directa o indirectamente, por razón de su cargo, **en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios**, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por

⁴ Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635.

*razón de su cargo, **en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios**, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.” (El resaltado es agregado).*

Como se advierte el delito de colusión simple se configura cuando un funcionario público concierta con un tercero para defraudar al Estado. Este puede darse, por ejemplo, respecto de las contrataciones de bienes, servicios y obras que realizan las Entidades y es descubierto antes de afectar el patrimonio estatal. Por su parte, la colusión ilegal agravada ocurre cuando el delito se ha consumado y se ha afectado el patrimonio del Estado.

En ese sentido, la comisión del delito de colusión puede efectuarse en el desarrollo de la contratación de bienes, servicios y obras que efectúan las Entidades, es decir, dicho delito se comete en el desarrollo de los procedimientos de selección, supuesto previsto en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Al respecto, debe mencionarse que el propósito de incluir los impedimentos, tales como los previstos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, obedece a buscar la concreción efectiva de los principios de integridad e igualdad de trato⁵, con lo cual resulta claro que la finalidad de las normas que prevén dichos impedimentos es excluir a aquellos proveedores que hayan incurrido en actos de corrupción.

Por otro lado, es preciso indicar que la Concusión es un rubro de delitos que comprende todos los tipos penales descritos desde el artículo 382 hasta el artículo 386 del Código Penal; en ese contexto, el delito de colusión es, entre los delitos que pertenecen al rubro antes mencionado, uno de los más representativos de aquellos vinculados a hechos de corrupción precisamente porque sanciona el “acuerdo corrupto”. Resulta importante agregar, además, que la sanción para este delito es mayor inclusive que la prevista para el tipo específico de concusión previsto en el artículo 382 del Código Penal.

Por las consideraciones expuestas, el delito de colusión, al pertenecer al rubro de delitos de Concusión –que comprende todos los tipos penales descritos desde el artículo 382 hasta el artículo 386 del Código Penal-, se encuentra comprendido en los supuestos previstos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

⁵ De conformidad con lo indicado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1444. Asimismo, en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 350-2015-EF, respecto a los referidos impedimentos, se indican que éstos tienen por finalidad evitar el fraude y la corrupción en los procedimientos de selección.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Uno de los supuestos para la configuración de los impedimentos previstos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley es que la sentencia por la comisión de alguno de los delitos mencionados en dichos incisos –cuando su emisión corresponda-, debe tener la condición de consentida o ejecutoriada, de conformidad con la normativa que regule dicha materia.
- 3.2. El delito de colusión, al pertenecer al rubro de delitos de Concusión –que comprende todos los tipos penales descritos desde el artículo 382 hasta el artículo 386 del Código Penal-, se encuentra comprendido en los supuestos previstos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Jesús María, 18 de noviembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC