

OPINIÓN N° 140-2019/DTN

Entidad: Ministerio de Educación

Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado

Referencia: Oficio N° 03017-2019-MINEDU/SG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Secretaría General del Ministerio de Educación formula consultas relacionadas con los impedimentos previstos en 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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

1. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “Según lo establecido en los literales a) y h) del numeral 11.1 del artículo 11° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 03.04.2017 hasta el 29.01.2019, ¿El [sic] cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los Congresistas de la República se encontraban impedidos de ser postores o contratistas solo en el Poder Legislativo o en todas la entidades públicas a nivel nacional, incluidas las del Poder Ejecutivo?”.

2.1.1. De manera previa, y tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la consulta planteada, debe precisarse que para su absolución se entenderá por:

- “Ley”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de

2019.

- **“Reglamento”**, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

2.1.2. En primer lugar, es importante precisar que la normativa de contrataciones del Estado¹ permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en dicha normativa, pueda ser “participante”², “postor”³, “contratista”⁴ 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 los fines públicos a su cargo; **salvo que aquel proveedor se encuentre inmerso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.**

Al respecto, cabe indicar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal -tales como Libertad de concurrencia⁵, Igualdad de trato⁶, Transparencia⁷, Competencia⁸, entre otros—; así como en los principios generales del régimen económico nacional, consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

Por ello, y considerando que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio

¹ La normativa de contrataciones del Estado está conformada por la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado modificada por el Decreto Legislativo N° 1341; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF; y demás normas regulatorias aprobadas por el OSCE.

² Bajo los alcances de la normativa en mención, un “*participante*” es aquel “*Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección*”. Asimismo, según el Anexo de definiciones del Reglamento, el *procedimiento de selección* “*Es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de una obra*”. (El subrayado es agregado).

³ En ese mismo contexto, **postor** es “*La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta*”. (El subrayado es agregado).

⁴ De acuerdo al Anexo de definiciones, **contratista** es “*El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento*”. (El subrayado es agregado).

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*”.

⁶ “*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*”.

⁷ “*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*”.

⁸ “*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*”.

de *inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos*⁹, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en los procesos de contratación estatal, **solo pueden ser establecidos mediante ley y no pueden extenderse a supuestos distintos a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado.**

De esta manera, se advierte que los impedimentos que regula la Ley restringen la intervención de **proveedores** que actúan como “participantes”, “postores”, “contratistas” y/o “subcontratistas”, **en los procesos de compras públicas**¹⁰ que realizan las Entidades para abastecerse de bienes, servicios y/u obras.

2.1.3. Precisado lo anterior, debe indicarse que dichos impedimentos son aplicables a los proveedores que se encuentran inmersos en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley, el cual prevé el alcance de tales impedimentos, en función del ámbito y tiempo en los que rige su aplicación, **según se trate de cada supuesto.**

Así, conforme al literal a) del numeral 11.1 del referido artículo, están impedidos de ser “participantes”, “postores”, “contratistas” y/o “subcontratistas”, **"En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos."** (El énfasis es agregado).

Como se observa, la Ley impide que **los más altos funcionarios del Estado** – entre ellos, **los Congresistas de la República**- actúen como proveedores en los procesos de compras públicas que convocan las Entidades, estableciendo dos parámetros para la aplicación de dicho impedimento: el ámbito y el tiempo¹¹.

Así, respecto al ámbito de aplicación, el impedimento de tales funcionarios se extiende **a todo proceso de compras públicas** que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional; y, en virtud del tiempo, dicho impedimento rige desde que estos asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

2.1.4. Por su parte, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley dispone que también están impedidos **"En el ámbito y tiempo establecidos para las personas**

⁹ 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".

¹⁰ Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, incluso en las contrataciones excluidas del ámbito de aplicación que regula el literal a) del artículo 5 de la Ley, **rigen los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 del referido dispositivo**, en virtud de los cuales, **los “proveedores” inmersos en alguno de los supuestos de impedimentos no puede ser “participantes”, “postores”, “contratistas” ni “subcontratistas” en los procesos de compras públicas que las Entidades convoquen.**

¹¹ En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 013-2019/DTN.

naturales señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad". (El énfasis es agregado).

Al respecto, debe indicarse que la configuración del citado impedimento, así como su ámbito y tiempo de aplicación, devienen de la verificación de alguno de los impedimentos previstos en los literales a) al g) del aludido dispositivo legal; por tanto, **el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, se encontrarán impedidos de ser proveedores del Estado** –esto es, no podrán actuar como participantes, postores, contratistas ni subcontratistas en los procesos de compras públicas que convoquen las Entidades-, **en el mismo ámbito y tiempo establecidos para la persona impedida con la que están vinculados.**

En consecuencia, los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley -tales como los Congresistas de la República- se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, **en todo proceso de compras públicas que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional** (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado); asimismo, tal impedimento les resulta aplicable desde que dichos funcionarios asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

2.2 *“Según lo establecido en los literales a) y h) del numeral 11.1 del artículo 11° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30.01.2019, ¿El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los Congresistas de la República se encontraban impedidos de ser postores o contratistas solo en el Poder Legislativo o en todas la entidades públicas a nivel nacional, incluidas las del Poder Ejecutivo?”*

2.2.1. Previamente, y tomando en cuenta el contexto normativo al que se hace alusión en la consulta planteada, debe precisarse que para su absolución se entenderá por:

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

2.2.2. De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, **en materia de compras públicas**, están impedidos de ser “participantes”, “postores”, “contratistas” y/o “subcontratistas” *“El Presidente y los Vicepresidentes de la República, **los Congresistas de la República**, los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, **en todo proceso de***

contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo". (El énfasis es agregado).

En esa medida, se advierte que el impedimento de los funcionarios comprendidos en el citado dispositivo se extiende a todo proceso de compras públicas que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional; y rige desde que estos asumen el cargo, hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

2.2.3. Asimismo, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que también están 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; (...)**". (El énfasis es agregado).

De esta manera, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado vigente dispone que **el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad**, de las personas comprendidas en el literal a) 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 los procesos de compras públicas que convoquen las Entidades-, **en el mismo ámbito y tiempo establecidos para la persona impedida con la que están vinculados**.

Por lo tanto, los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley -tales como los Congresistas de la República- se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, **en todo proceso de compras públicas que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional** (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado). Asimismo, tal impedimento les resulta aplicable desde que dichos funcionarios asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

3. CONCLUSIONES

3.1. De acuerdo a lo dispuesto en la normativa de contrataciones vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019, los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley -tales como los Congresistas de la República- se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en todo proceso de compras públicas que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado); asimismo, tal impedimento les resulta aplicable desde que dichos funcionarios asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

- 3.2.** En el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente, los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley -tales como los Congresistas de la República- se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en todo proceso de compras públicas que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado). Asimismo, tal impedimento les resulta aplicable desde que dichos funcionarios asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

Jesús María, 20 de agosto de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/gda.