

OPINIÓN N° 153-2019/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Bellavista

Asunto: Impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procesos de contratación pública

Referencia: Oficio N° 054-2019-MDB/GAF

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente de Administración y Finanzas de la Municipalidad distrital de Bellavista formula consultas relacionadas con los impedimentos de contratar por Locación de Servicios a un ex funcionario bajo los alcances de la normativa vigente.

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.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

De manera previa, y tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en las consultas planteadas, debe indicarse que para la absolución de las mismas se entenderá por:

- “Ley”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada mediante 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.

¹ De la revisión del documento de la referencia, se advierte que las consultas están relacionadas con la contratación de un ex funcionario que se desempeñó en la misma Entidad que convoca el proceso de contratación, dentro de los 12 meses posteriores desde que dejó dicho cargo; razón por la cual, el análisis de la presente opinión se realizará en atención a lo dispuesto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “Si en el marco del TUO de la Ley de Contrataciones de Estado vigente, existe impedimento para contratar por locación de servicios a la Ex gerente de Administración, la misma que se desempeñó en el cargo del 02 de enero de 2019 al 23 de enero de 2019, pese a que no ha transcurrido un año desde [sic] renuncia en el citado cargo”.

2.1.1 De manera previa, corresponde reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, **sin hacer alusión a situaciones o casos concretos**. Por tal razón, en vía de opinión, este despacho no puede analizar un supuesto específico, a fin de determinar si una ex gerente de administración se encontraría impedida, o no, de participar en un proceso de contratación convocado por una Entidad en particular.

Sin perjuicio de ello, atendiendo al tenor de la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances de carácter general, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado vigente.

2.1.2 En primer lugar, debe indicarse que la Ley permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en esta, pueda ser participante², postor³, contratista⁴ 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 sus funciones, salvo que se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

Es oportuno anotar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal –tales como los de libertad de concurrencia⁵, competencia⁶, publicidad⁷, transparencia⁸,

² Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, “Participante” es el “Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección”.

³ Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, “Postor” es “La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta”.

⁴ Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, “Contratista” es “El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento”.

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”. Conforme al 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”. Conforme al 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”. Conforme al literal d) del artículo 2 de la Ley.

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, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en los procesos de contratación pública que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley. Asimismo, 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.

2.1.3. Ahora bien, entre los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley se encuentra el impedimento previsto en el literal e), el cual aplica a *“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**”*. (El énfasis es agregado).

Como se observa, mientras ejerzan el cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en todo proceso de contratación pública (a nivel nacional), las siguientes personas: i) los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo; ii) **funcionarios públicos**, iii) empleados de confianza; iv) servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, según la ley especial de la materia; y, v) los gerentes de las empresas del Estado. .

Adicionalmente, el citado dispositivo extiende el alcance del impedimento **hasta los doce (12) meses después de que las referidas personas dejen el cargo; en ese contexto, luego de culminado el cargo, dicho impedimento solo aplica en el ámbito de la Entidad a la que tales personas pertenecieron**.

⁸ “Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidos 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”.

De esta manera, se desprende que, durante el ejercicio del cargo, los funcionarios públicos están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en toda contratación estatal efectuada dentro del territorio nacional¹¹; por su parte, dicho impedimento se extiende hasta los doce meses posteriores al momento en que dicho funcionario deja el cargo, en cuyo caso el impedimento es aplicable solo en el ámbito de la Entidad a la que este pertenecía.

En ese contexto, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado¹² -vigente desde el 30 de enero de 2019-, los ex funcionarios públicos están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en el ámbito de la Entidad a la que pertenecieron, hasta doce (12) meses después de haber culminado su cargo como funcionarios públicos; ello, con independencia del objeto de la contratación y del tiempo de permanencia ejerciendo tal cargo en la Entidad.

2.2. *«Si, con la normatividad vigente el impedimento de contratación se analiza también en función a las situaciones que la anterior redacción de la norma contemplaba (“...siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflictos de interés”), o a que nuevos o distintos criterios y/o argumentos obedece el impedimento de contratación, considerando que es importante conocer la razón por la que se redactó de manera distinta».*

2.2.1. A fin de absolver la presente consulta, debe tenerse presente la regulación constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo. Así, el artículo 103 de la Constitución establece que “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley”.

Además, debe observarse lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución, en virtud del cual “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

A partir de estas disposiciones, se entiende que en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en nuestro ordenamiento rige la denominada *teoría de los hechos cumplidos*, es decir que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte¹³.

¹¹ En concordancia con los criterios establecidos en las Opiniones N° 140-2017/DTN y N° 144-2017/DTN.

¹² Conforme a lo dispuesto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

¹³ Al respecto, puede verse Rubio Correa; Marcial (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. Undécima Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 45-69.

De esta manera, se advierte que, como regla general, **la ley se aplica a los hechos y situaciones que surjan desde que esta entra en vigencia y también a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, lo que incluye a aquellas surgidas bajo los alcances de la legislación anterior y que aun produzcan efectos**; salvo que la misma ley establezca algún tipo de excepción, como puede ser postergar su vigencia en todo o en parte, o permitir que la legislación precedente siga produciendo efectos de manera ultractiva, mediante reglas de derecho transitorio, a efectos de facilitar el tránsito de un régimen legal a otro nuevo.

- 2.2.2. Precisado lo anterior -considerando que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia y aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes-, debe reiterarse que en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 30 de enero de 2019-, **los ex funcionarios públicos están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en el ámbito de la Entidad a la que pertenecieron, hasta doce (12) meses después de haber culminado su cargo como funcionarios públicos**; ello, con independencia del objeto de la contratación y del tiempo de permanencia ejerciendo tal cargo en la Entidad.

Al respecto, cabe anotar que –según la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1444, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado¹⁴- **la redacción actual del literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, que regula el impedimento aplicable a funcionarios públicos –entre otros-, está orientada a delimitar correctamente el alcance del supuesto de hecho que antes establecía el Decreto Legislativo N° 1341¹⁵; a fin de evitar que determinados proveedores, ya sea por razón de su alta investidura, por su injerencia directa en la toma de decisiones o por el acceso previo a información relacionada con un procedimiento de selección, tengan una posición privilegiada respecto de los demás potenciales proveedores.**

Por tal razón, a diferencia del impedimento aplicable a funcionarios públicos, la normativa vigente ha previsto que, tratándose de servidores públicos sin poder de dirección o decisión y de trabajadores de las empresas del Estado, debe verificarse si por la función desempeñada estos últimos pudieran contar con influencia, poder de decisión, información privilegiada o conflicto de intereses, conforme a lo dispuesto en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, para determinar el alcance de su impedimento.

- 2.3. *“Asimismo, si la prohibición debe analizarse en función a si el servicio prestado tiene algún tipo de relación con las funciones desempeñadas o no, a su cargo como ex funcionario de la entidad. Considerando el corto lapso de tiempo en que este fue ejercido”. (Sic)*

Tal como se indicó al absolver la primera consulta, debe indicarse que en el marco

¹⁴ Tal como se indica en el numeral 2.1.5 del referido documento.

¹⁵ El cual estuvo vigente solo hasta el 29 de enero de 2019.

de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 30 de enero de 2019-, **los ex funcionarios públicos están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en el ámbito de la Entidad a la que pertenecieron, hasta doce (12) meses después de haber culminado su cargo como funcionarios públicos**; ello, con independencia del objeto de la contratación y del tiempo de permanencia ejerciendo tal cargo en la Entidad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 30 de enero de 2019-, los ex funcionarios públicos están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en el ámbito de la Entidad a la que pertenecieron, hasta doce (12) meses después de haber culminado su cargo como funcionarios públicos; ello, con independencia del objeto de la contratación y del tiempo de permanencia ejerciendo tal cargo en la Entidad.
- 3.2. La redacción actual del literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, que regula el impedimento aplicable a funcionarios públicos –entre otros-, está orientada a delimitar correctamente el alcance del supuesto de hecho que antes establecía el Decreto Legislativo N° 1341; a fin de evitar que determinados proveedores, ya sea por razón de su alta investidura, por su injerencia directa en la toma de decisiones o por el acceso previo a información relacionada con un procedimiento de selección, tengan una posición privilegiada respecto de los demás potenciales proveedores.

Jesús María, 13 de septiembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/ptr