

OPINIÓN N° 155-2019/DTN

Solicitante: IBT LLC Sucursal del Perú

Asunto: Alcance de los impedimentos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado

Referencia: CAR-IBTLLC-GL-2019-00135

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de IBT LLC Sucursal del Perú formula una consulta sobre el alcance de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de 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 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, 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, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

La consulta formulada es la siguiente:

“¿El artículo 11 de la Ley 30225, modificada por D. Legislativo N° 1444 (LCE), que extiende los impedimentos a otros regímenes de contratación, alcanza a los subcontratistas que participan en contrataciones sujetas al Decreto Legislativo N° 1362, (régimen de asociación público privada) cuando dicha normativa especial prevé la aplicación de los impedimentos de la LCE sólo para los postores e inversionistas?” (Sic)

2.1 En primer término, cabe mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un marco normativo que regule de manera unificada la totalidad de contratos en los que interviene la Administración Pública, dado que pueden presentarse diferentes

escenarios en los cuales el Estado desarrolla una actividad contractual, tales como: (i) los contratos para realizar la adquisición de bienes, servicios y obras; (ii) los contratos de concesión; (iii) los contratos de asociación público - privada; (iv) los contratos de estabilidad jurídica; (v) los contratos de disposición de bienes del Estado; (vi) los contratos de endeudamiento interno o externo; y, (vii) los contratos de personal; entre otros.

Atendiendo a dicha coyuntura, se han previsto marcos regulatorios distintos para cada tipo de contratación, los cuales establecen procedimientos, requisitos y condiciones particulares en función de la naturaleza propia de cada contrato.

De esta manera, cada marco normativo puede regular sus propias restricciones o impedimentos aplicables a las contrataciones realizadas bajo su ámbito; sin embargo, ciertos regímenes legales pueden remitirse expresamente a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, a efectos de *–por ejemplo–* hacer extensivos los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley.

- 2.2 Ahora bien, en cuanto a los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, debe indicarse que *–en principio–* 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 previstos el artículo 11 de la Ley¹.

Así, el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley contiene un listado de personas que, por diversas circunstancias *–como el cargo público que ejercen, su relación de parentesco, el haber sido sancionados, su injerencia directa en la toma de decisiones, el acceso previo a información preparatoria, etc.–* se encuentran imposibilitados de participar en las contrataciones del Estado.

Asimismo, el referido artículo precisa que los impedimentos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista, **son de aplicación para las contrataciones que realiza el Estado, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable.**

En relación con lo señalado, corresponde señalar que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficiencia en las contrataciones públicas *—esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones contratando de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad—* y la observancia de los principios básicos señalados en el numeral 2.1.2, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios y obras que se realizan con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados mediante ley.

Sobre esa base, el artículo 3 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: (i) uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y, (ii) un criterio objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito; siendo que, para verificar el ámbito de

¹ Los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley.

aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ambos elementos deben presentarse en forma concurrente.

Así, el numeral 3.1 del artículo 3 establece un listado de los tipos de órganos u organismos de la Administración Pública que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado, denominándolos “Entidades”².

Por su parte, el numeral 3.3 señala que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.

Por todo lo expuesto, se desprende que una contratación se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, cuando ésta –*al amparo de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú*– tiene por objeto que una Entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.

- 2.3 Por otra parte, los artículos 4 y 5 de la Ley establecen de forma expresa los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado –*con y sin supervisión del OSCE*– pese a converger en dichos supuestos los aspectos subjetivo y objetivo para la aplicación de dicha normativa.

Adicionalmente, mediante ley pueden establecerse supuestos de inaplicación adicionales a los establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley, así como regímenes especiales de contratación, a efectos de que determinadas Entidades y/o contrataciones puedan sujetarse a mecanismos de adquisición distintos a los regulados en la normativa de contrataciones del Estado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “(...) *si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.”³ (El subrayado es agregado).*

- 2.4 Sin menoscabo de lo antes mencionado, existen contrataciones cuyo marco legal no está constituido por el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, lo que implica que, en principio tales contrataciones se rigen por un marco legal diferente y fuera del ámbito de competencia de este Organismo Técnico Especializado.

Es así que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado aquellas contrataciones que:

- (i) Están expresamente excluidas por la Ley.

² Adicionalmente, el numeral 3.2 del referido artículo 3 señala que el mismo tratamiento de Entidad se le otorga a las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados.

³ Numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

- (ii) Pertenecen a un régimen legal de contratación distinto a la Ley pero bajo el marco del artículo 76 de la Constitución Política del Perú.
- (iii) Pertenecen a un régimen legal que está fuera del marco del artículo 76 de la Constitución Política del Perú.

Así, por ejemplo, los contratos celebrados al amparo del Decreto Legislativo N° 1362 “*Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*”, no se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; por lo cual, se regulan bajo su propio marco normativo.

De esta manera, cuando un régimen legal distinto a la normativa de contrataciones del Estado se **remita expresamente** a los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley *-extendiendo la aplicación de estos a su propio marco normativo-* dichos impedimentos deberán ser aplicados *–y de ser el caso, interpretados–* de acuerdo a las regulaciones propias de dicho régimen legal.

En ese sentido, debe tomarse en cuenta que el artículo 29 del Decreto Legislativo N° 1362, establece que los impedimentos previstos en la Ley N° 30225, se aplican para aquellas personas que participen como postores o inversionistas, directa o indirectamente, en los procesos que se lleven a cabo bajo el amparo de dicha normativa.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Los contratos celebrados al amparo del Decreto Legislativo N° 1362 “*Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*”, no se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; por lo cual, no pueden ser objeto de análisis por parte de este Organismo Técnico Especializado.
- 3.2 De ser el caso que un régimen legal distinto a la normativa de contrataciones del Estado se remita expresamente a los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley *-extendiendo la aplicación de estos a su propio marco normativo-* dichos impedimentos deberán ser aplicados *–y de ser el caso, interpretados por la Entidad competente–* de acuerdo a las regulaciones propias de dicho régimen legal; en ese sentido, el alcance de los impedimentos establecidos en el Decreto Legislativo N° 1362, se dará conforme a lo previsto en las disposiciones de dicho régimen.

Jesús María, 13 de septiembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/JDS