

OPINIÓN N° 170-2019/DTN

Solicitante: Municipalidad Distrital de Bellavista

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

Referencia: Oficio N°128-2019/MDB-GM

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, Aldo José Chaparro Luy, Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Bellavista formula varias consultas 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:

2.1. “El literal e) del numeral 11.1. del artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N°082-2019-EF, señala: Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable están impedidos (...) 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 (...)

Sobre el referido impedimento, se consulta lo siguiente:

1. *Si un ex funcionario está impedido de postular a un proceso CAS, o ser contratado como CAS, o ser designado como funcionario CAS, durante el citado periodo de doce (12) meses.*
2. *Si dicho impedimento aplica únicamente en su condición de proveedor en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado o es aplicable para las contrataciones en el marco del Decreto Legislativo 1057.”*

2.1.1. De manera previa corresponde mencionar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas en términos genéricos referidas al sentido y alcance de la **normativa de Contrataciones del Estado**, la cual se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las normas de carácter obligatorio emitidas por el OSCE; en tal medida, no puede emitir opinión respecto de requisitos, condiciones o impedimentos para celebrar contratos regulados por un marco normativo distinto como es aquel establecido por el D.L. 1057.

Sin perjuicio de ello, la presente opinión desarrollará los alcances de los impedimentos contemplados en el artículo 11 de la Ley.

2.1.2. Hecha esta aclaración, se debe mencionar que el Estado, en el marco del ejercicio de la Función Administrativa, emplea al contrato como un *instrumento jurídico* para llevar a cabo actividades de distinto tipo.

De una revisión del universo contractual del Estado se puede advertir que este, a través de sus organizaciones públicas, celebra contratos para: i) la adquisición de bienes, servicios y obras; (ii) la concesión de servicios públicos; (iii) la disposición de bienes que se encuentran bajo su dominio; (iv) el endeudamiento interno o externo; (v) la vinculación de personal; entre otros.

Dicho lo anterior, corresponde anotar que, **en nuestro ordenamiento jurídico no existe un marco normativo que regule de manera unificada la totalidad de contratos que celebra la Administración Pública**; 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.

2.1.3. Ahora bien, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

“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).

Como se puede apreciar, del citado precepto constitucional se puede inferir que la contratación de bienes, servicios y obras cuyo pago sea asumido con fondos públicos debe llevarse a cabo mediante los requisitos, procedimientos y formalidades que hubiese establecido la Ley que desarrolla tal precepto, la cual no es otra que la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, de este artículo se desprende que la propia Ley puede establecer

excepciones a su aplicación, es decir, que determinadas adquisiciones de bienes, servicios y obras se lleven a cabo sin observar la Ley de Contrataciones del Estado; esto es, que se lleven cabo conforme a las disposiciones que hubiese establecido una ley distinta¹.

En atención de lo señalado, se puede diferenciar, de una parte, el régimen general de las contrataciones del Estado, conformado por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las normas obligatorias emitidas por el OSCE; y de otra, **los regímenes especiales o legales de contratación**², los cuales se encuentran constituidos por aquellas leyes que establezcan disposiciones particulares para la adquisición de bienes, servicios y obras.

Debe quedar claro que, tanto el régimen general como los especiales emanan del artículo 76 de la Constitución; y, ambos, tienen la función de regular *un tipo de contratación en particular*: aquella que le permite al Estado, utilizando fondos públicos, adquirir los bienes, servicios y obras necesarios para cumplir con sus funciones.

La anotación precedente es importante, pues debe tenerse presente que existen determinadas contrataciones que tienen al Estado como una de sus partes, pero que, pese a ello, en atención de su peculiar naturaleza, su marco legal no se desprende de lo establecido por el artículo 76 de la Constitución. Así, por ejemplo, se tiene a las contrataciones que realiza el Estado con la finalidad de obtener financiamiento; o aquellas cuya finalidad es vincular a personas a fin de que desarrollen actividades de carácter laboral en las entidades públicas.

2.1.4. Dicho lo anterior, corresponde anotar que en el proceso de contratación regulado por la Ley de Contrataciones del Estado participan dos sujetos: i) de una parte el Estado, representado en alguna entidad de la Administración Pública; y ii) de otra parte, un sujeto de derecho privado.

El numeral 3.1., del artículo 3 de la Ley, establece un listado de organizaciones a las cuales se les considera como entidad. Respecto de los sujetos de derecho privado, debe indicarse que –en principio– toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en la Ley 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 en el artículo 11 de la Ley.**

Por su parte, el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley contiene un listado de personas

¹ En coherencia con lo anotado, el literal j) del artículo 4 de la Ley señala que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, aquellas contrataciones que se sujetan a regímenes especiales.

² Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 19 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004 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.” (El resaltado es agregado).

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”**.

Sobre el particular, queda claro que los impedimentos se aplican a las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado.

Ahora, respecto del alcance del término a otras contrataciones que no sean aquellas reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado, debe mencionarse que los referidos impedimentos no son aplicables a todas las contrataciones en las que el Estado se constituye como una de la partes, sino únicamente a aquellas **que constituyen regímenes especiales o legales de contratación**; es decir, a aquellas contrataciones para la adquisición de bienes, servicios y obras que, enmarcadas en lo establecido por el artículo 76 de la Constitución, no se llevan cabo por la Ley de Contrataciones del Estado, sino por una ley especial.

En consecuencia, los impedimentos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, son aplicables a las contrataciones realizadas bajo los preceptos de dicha Ley; y también a aquellas que – al amparo de lo establecido en el artículo 76 de la Constitución– se constituyen como regímenes especiales o legales de contratación.

En este extremo es importante reiterar que el “universo contractual” del Estado no se agota en aquellas contrataciones reguladas por el marco legal (régimen general y especiales) que se derivan del artículo 76 de la Constitución; pues, como se anotó, el Estado celebra contratos con la finalidad de desarrollar diversas actividades.

- 2.1.5. De lo expuesto hasta este punto se tiene que los impedimentos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado no son aplicables a aquellas contrataciones que se encuentren fuera del marco del marco legal que se desprende del artículo 76 de la Constitución.

Dicho lo anterior, es pertinente mencionar que el artículo 1° del Decreto Legislativo N°1057, señala que la finalidad de dicha norma es regular *“el régimen especial de contratación administrativa de servicios, y tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública”*.

Por su parte, el artículo 3° del aludido decreto legislativo³, al definir el Contrato Administrativo de Servicios establece que este *“constituye una modalidad especial de **contratación laboral**, privativa del Estado”* (El resaltado es agregado)

Como se puede apreciar, las contrataciones que se realizan en el marco del Decreto Legislativo N°1057 cuentan con una naturaleza distinta de aquellas reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado y los regímenes especiales o legales de contratación.

Las contrataciones reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado tienen por

³ Modificado por el artículo 2 de la Ley 29849.

finalidad coadyuvar a que las entidades públicas se abastezcan de los bienes, servicios y obras necesarios para asegurar el cumplimiento de sus funciones. Es decir, a través de estas contrataciones, las entidades públicas se aprovisionan de aquellos insumos (por lo general de carácter logístico y de infraestructura) que les permiten prestar los servicios que deben contribuir a la mejora en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Por su parte, a partir de los artículos citados, se puede advertir que la finalidad de las contrataciones reguladas por el Decreto Legislativo N°1057 es vincular a personas a las entidades públicas, a fin de que desarrollen actividades de carácter laboral; es decir, a través de estas contrataciones las entidades públicas obtienen aquellos recursos humanos necesarios para prestar servicios públicos.

En coherencia con lo expuesto, las contrataciones reguladas por el Decreto Legislativo N°1057 no se derivan del artículo 76 de la Constitución Política del Perú; pues, independientemente de que una de las partes de la relación sea el Estado, su naturaleza es distinta de aquellas contrataciones cuyo marco jurídico se desprende del citado precepto constitucional.

En tal medida, los impedimentos contemplados en el numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley (entre ellos, aquel contemplado en el literal “e”) no son aplicables a aquellas contrataciones reguladas por el Decreto Legislativo N°1057; pues, como se anotó, el alcance de estos se circunscribe a las contrataciones cuyo marco jurídico se desprende del artículo 76 de la Constitución, es decir, a las contrataciones reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado y a aquellas reguladas por regímenes legales o especiales de contratación.

- 2.1.6. Para finalizar, es pertinente mencionar que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y subcontratista, al restringir los derechos de libertad contractual y de libre iniciativa privada, solo pueden ser establecidos mediante Ley; y, asimismo, deben ser interpretados de manera restrictiva, no siendo posible su aplicación por analogía.

En relación con lo señalado, se debe considerar que, el Tribunal Constitucional, en los fundamentos N° 12 y 13 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 00005-2013-PI/TC, ha señalado que: *“El principio de legalidad garantiza que tanto el contenido como los límites a los derechos fundamentales se prevean siempre mediante una ley en sentido formal o, en su defecto, por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, garantizando de este modo los principios de generalidad e igualdad de trato para todos los habitantes de la República. Conforme a ello, cualquier regulación que importe una restricción en los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo a través de una norma general y no de fuentes de igual jerarquía que no cumplan los requisitos de aquella, o de normas de inferior jerarquía.”* (El resaltado es agregado)

Como se desprende de lo señalado por el Tribunal Constitucional, la restricción a los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo mediante una norma general, esto es, mediante una ley en sentido formal o en su defecto por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo; y no de normas de inferior jerarquía

- 2.2. ***“De conformidad con el artículo 50.1. inciso b) del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N°082-2019-EF, constituye infracción sancionable con inhabilitación:(...) c) Contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley (...)***

Sobre la referida inhabilitación se consulta:

1. *Si un proveedor inhabilitado está impedido de postular a un proceso CAS, o ser contratado como CAS, o ser designado como funcionario CAS.*
2. *Si dicha inhabilitación aplica únicamente respecto de su condición de proveedor en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado o es aplicable a las contrataciones en el marco del Decreto Legislativo 1057”*

2.2.1. Como ha sido señalado, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas en términos genéricos referidas al sentido y alcance de la **normativa de Contrataciones del Estado**, la cual se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las normas de carácter obligatorio emitidas por el OSCE; en tal medida, no puede emitir opinión respecto de requisitos, condiciones o impedimentos para celebrar contratos regulados por un marco normativo distinto como es aquel establecido por el D.L. 1057.

Hecha esta aclaración, se debe señalar que el literal l), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley, señala que se encuentran impedidas de ser participantes, postores contratistas o subcontratistas, *“en todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado”*.

Como se puede apreciar, contar con una sanción de inhabilitación en virtud de lo establecido en el artículo 50 de la Ley, se constituye como un impedimento para ser participante, postor, contratista y subcontratista. En tal medida, a fin de determinar los alcances de dicho impedimento a contrataciones no reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado, resulta aplicable el criterio desarrollado al absolver la consulta anterior.

3. CONCLUSIÓN

Los impedimentos contemplados en el numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley (entre ellos, aquel contemplado en el literal “e”) no son aplicables a aquellas contrataciones reguladas por el Decreto Legislativo N°1057; pues, el alcance de estos se circunscribe a las contrataciones cuyo marco jurídico se desprende del artículo 76 de la Constitución, es decir, a las contrataciones reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado y a aquellas reguladas por regímenes legales o especiales de contratación.

Jesús María, 30 de septiembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/gda