

## OPINIÓN N° 180-2019/DTN

Entidad: Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

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

Referencia: C. 00604-GG/2019

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones consulta sobre los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista previstos en 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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”) y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

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

### 2. CONSULTAS 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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1. “¿Existe norma jurídica que regule la situación del surgimiento de una causal de impedimento para contratar con el Estado durante la etapa de ejecución contractual?”.**

2.1.1 Con relación a la consulta, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, 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 artículo 11<sup>1</sup> de la Ley.

En relación con lo anterior, cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal –Libertad de Concurrencia<sup>2</sup>, Competencia<sup>3</sup>, Publicidad<sup>4</sup>, Transparencia<sup>5</sup>, Igualdad de Trato<sup>6</sup>, entre otros– así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

Asimismo, 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. Así, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos<sup>7</sup>, **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.**

<sup>1</sup> Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, que entró en vigencia el 3 de abril de 2017.

<sup>2</sup> “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.” Literal a) del artículo 2 de la Ley.

<sup>3</sup> “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.” Literal e) del artículo 2 de la Ley.

<sup>4</sup> “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.” Literal d) del artículo 2 de la Ley.

<sup>5</sup> “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. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.” Literal c) del artículo 2 de la Ley.

<sup>6</sup> “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.

<sup>7</sup> 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”.

- 2.1.2 Dicho lo anterior, debe señalarse que los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley resultan aplicables cualquiera sea el régimen legal de contratación, inclusive en las contrataciones cuyos montos sean iguales o menores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias.

En relación a lo anteriormente mencionado, se puede colegir que los impedimentos para ser **participante, postor, contratista y/o subcontratista**, solo pueden ser establecidos mediante Ley. En ese sentido, dichos impedimentos deben ser interpretados de manera restrictiva, no pudiendo aplicarse por analogía a supuestos que no se encontraran tácitamente contemplados en la normativa de contrataciones del Estado.

En ese orden de ideas, debe indicarse que los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley se aplican durante la fase de selección de proveedores (participante, postor), así como para la suscripción de contratos (contratista y/o subcontratista), precisamente, porque determinan la imposibilidad de participar en el procedimiento de selección, en calidad de participante o postor, así como de celebrar contratos con el Estado; **pero no son aplicables a contratos vigentes o en ejecución.**

- 2.1.3 Por su parte, si bien los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley no resultan aplicables a contratos vigentes o en ejecución, toda vez que dichos impedimentos se aplican durante la fase de selección, así como para la suscripción del contrato o en la subcontratación, **es preciso mencionar que existen otras figuras que -durante la ejecución contractual- pueden poner fin al contrato.**

Así, de conformidad con el numeral 138.4 del artículo 138 del Reglamento, todos los contratos incorporan **cláusulas anticorrupción**, bajo sanción de nulidad, las cuales tienen el siguiente contenido:

- “a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.*
- b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7.*
- c) El compromiso del contratista de: i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”.*

Mediante esta cláusula, las partes del contrato se brindan el compromiso recíproco de conducta de cero corrupción para lo cual asumen una serie de obligaciones de hacer conductas guiadas por la probidad durante los periodos precontractual, contractual y pos contractual, ofreciéndose bilateralmente mecanismos para verificar su cumplimiento y adicionalmente, se anticipan aceptando una gama de

consecuencias correctoras distintas y graduales en caso se incurra en alguna transgresión a los deberes así contraídos, independientes de las responsabilidades penales o civiles que esos hechos puedan acarrear<sup>8</sup>.

Asimismo, el último párrafo de dicho artículo indica que, durante la ejecución contractual, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas – *dentro de ellas la cláusula anticorrupción*-, **faculta a la Entidad a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato.**

En ese sentido, cuando el contratista se vea inmerso en un hecho de corrupción e incumpla la mencionada cláusula, la Entidad se encuentra facultada a resolver el contrato de pleno derecho, conforme a lo previsto en el artículo 138 del Reglamento.

Sobre este punto, es preciso mencionar que una situación de corrupción podría configurar otros supuestos, como por ejemplo alguno de los impedimentos previstos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley<sup>9</sup>; en ese sentido, independientemente de que los impedimentos no sean aplicables a contratos vigentes, corresponde a cada Entidad verificar la configuración de otra situación que ponga término a la ejecución del contrato, como podría ser la resolución del contrato al incumplir la cláusula anticorrupción.

2.1.4 En ese sentido, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley determinan la imposibilidad de participar en el procedimiento de selección, en calidad de participante o postor, así como de celebrar contratos con el Estado, **pero no son aplicables a contratos vigentes o en ejecución**. Así, si durante la ejecución de un contrato surge una situación que configuraría una causal de impedimento, dicha causal no afectaría la ejecución del contrato; ello sin perjuicio de que la Entidad evalúe la configuración de otro supuesto que pueda afectar la continuidad del mismo.

**2.2. “¿Correspondería incorporar dicho supuesto en la proforma de contrato como una causal de resolución del mismo?”.**

---

<sup>8</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. *La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales: una demanda de la sociedad* en Revista de la Facultad de Derecho de México. TOMO LXVIII Número 272. Página 902.

<sup>9</sup> Se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado:

- “m) *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 equivalente 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.*
- n) *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”.*

En relación con la consulta, debe señalarse que el artículo 36 de la Ley dispone que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, (i) por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, (ii) por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o (iii) por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

En ese orden de ideas, el numeral 164.1 del artículo 164, menciona las causales de resolución del contrato, así *“la Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.”*

Por su parte, el numeral 164.2 del mismo artículo menciona que, *“el contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165”*.

Asimismo, existen otras situaciones que originan la resolución automática del contrato, por ejemplo al incumplir la cláusula anticorrupción.

Por consiguiente, la normativa de contrataciones del Estado regula de manera expresa las causales que originan la resolución de un contrato.

En este punto, es preciso reiterar que la configuración de un impedimento no resulta aplicable a un contrato en ejecución **ni mucho menos determina por si solo un supuesto que genere la resolución del contrato**; al respecto, corresponde a cada Entidad identificar la configuración de alguno de los supuestos previstos en la normativa de contrataciones del Estado que origine la resolución del contrato.

### 2.3. *“En el caso de renovación del plazo del contrato y ante el surgimiento de la causal de impedimento para contratar con el Estado, ¿resulta legal la renovación del contrato?”*

Como se ha mencionado al absolver la primera consulta, los impedimentos para ser **participante, postor, contratista y/o subcontratista**, solo pueden ser establecidos mediante ley, por lo cual dichos impedimentos deben ser interpretados de manera restrictiva, no pudiendo aplicarse por analogía a supuestos que no se encontraran tácitamente contemplados en la normativa de contrataciones del Estado.

Así, en atención a la consulta planteada, en principio es preciso mencionar que la normativa de contrataciones del Estado **no ha previsto la figura de renovación del plazo del contrato**.

No obstante, en caso se opte por prorrogar un contrato en ejecución, es decir ampliar su periodo de vigencia *-como se da en el caso de arrendamiento de bienes*

*inmuebles*<sup>10</sup>-, al tratarse del mismo contrato en el que solo se extiende su fecha de término, no resultan aplicables los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley<sup>11</sup>.

Sin embargo, en caso se opte por desarrollar una contratación complementaria, regulada en el artículo 174 del Reglamento, al constituir un nuevo contrato debe verificarse que el contratista no se encuentre inmerso en un impedimento previsto en el artículo 11 de la Ley.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1. Los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley determinan la imposibilidad de participar en el procedimiento de selección, en calidad de participante o postor, así como de celebrar contratos con el Estado, pero no son aplicables a contratos vigentes o en ejecución. Si durante la ejecución de un contrato surge una situación que configuraría una causal de impedimento, dicha causal no afectaría la ejecución del contrato; ello sin perjuicio de que la Entidad evalúe la configuración de otro supuesto que pueda afectar la continuidad del mismo.
- 3.2. La configuración de un impedimento no resulta aplicable a un contrato en ejecución ni mucho menos determina por sí solo un supuesto que genere la resolución del contrato; corresponde a cada Entidad identificar la configuración de alguno de los supuestos previstos en la normativa de contrataciones del Estado que origine la resolución del contrato.
- 3.3. En caso se opte por prorrogar un contrato en ejecución, es decir ampliar su periodo de vigencia -como se da en el caso de arrendamiento de bienes inmuebles-, al tratarse del mismo contrato no resultan aplicables los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley.
- 3.4. Cuando se opte por desarrollar una contratación complementaria, regulada en el artículo 174 del Reglamento, al constituir un nuevo contrato debe verificarse que el contratista no se encuentre inmerso en un impedimento previsto en el artículo 11 de la Ley.

Jesús María, 15 de octubre de 2019

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RAC.

---

<sup>10</sup> De conformidad con el numeral 142.6 del artículo 142 del Reglamento.

<sup>11</sup> No obstante, en su calidad de garante del interés público que subyace a toda contratación pública, correspondía a las Entidades realizar un análisis costo - beneficio antes de prorrogar un contrato de arrendamiento de bien inmueble celebrado con un contratista que, durante la ejecución del mismo, hubiese adquirido la condición de impedido como consecuencia de una sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado, más aún, si la infracción que dio origen a dicha sanción se encontraba relacionada directamente con aquel contrato que se pretende prorrogar, conforme a lo previsto en la Opinión N° 058-2017/DTN.