

OPINIÓN N° 194-2019/DTN

Entidad: Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD.
Asunto: Vigencia de las sanciones impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado
Referencia: Oficio N° 00130-2019-SUSALUD/OGA

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director de la Oficina General de Administración de la Superintendencia Nacional de Salud formula consulta sobre el momento en que resulta firme la sanción impuesta por el Tribunal 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. CONSULTA¹ 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.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la última consulta no se encuentra vinculada con la anterior, ya que ésta se encuentra referida a la posibilidad de dejar sin efecto un contrato por mutuo disenso, mientras que la anterior están relacionada con la vigencia de las sanciones impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado; por lo que ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 89 del TUPA, la segunda consulta no será absuelta.

La consulta formulada es la siguiente:

“En los contratos menores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias: En el caso que el contrato se haya perfeccionado el día 3 de setiembre de 2019 y se ha producido el registro de la inhabilitación el día 04 de setiembre de 2019, fecha en que recién se da inicio a la ejecución del contrato, se debe exigir el cumplimiento de la obligación al proveedor, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado o se le debe eximir de tal obligación? ¿Podemos entender como sanción firme a la sanción que es registrada en la consulta de proveedores sancionados por el Tribunal de Contrataciones o como corresponde entender la misma?”

- 2.1 En primer lugar, debe reiterarse 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, motivo por el cual este Organismo Supervisor no puede pronunciarse sobre una situación en particular.
- 2.2 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 11² 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 Concurrencia³, Competencia⁴, Publicidad⁵, Transparencia⁶, Igualdad de Trato⁷, entre otros– así como en los principios

² Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, que entró en vigencia el 3 de abril de 2017.

³ “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.

⁴ “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.

⁵ “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.

⁶ “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.

⁷ “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

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 derechos⁸, 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 el mencionado artículo.

- 2.3 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 con 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 no pueden aplicarse por analogía a supuestos que no se encuentran contemplados en la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.4 Preciado lo anterior, debe mencionarse que dentro de los supuestos de impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley se encuentra el referido al literal l), por el cual están impedidos de ser participantes, postores, **contratistas** y/o subcontratistas "(...) las personas naturales o jurídicas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado;".

De esta manera, las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado con inhabilitación temporal o permanente, o se encuentren –en tanto exista multa– con suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección⁹, están impedidas de ser contratistas bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.5 Ahora bien, es importante señalar que el numeral 267.4 del artículo 267 del Reglamento establece que "La sanción será efectiva desde el sexto día hábil siguiente de la notificación. (...)." (El subrayado es agregado).

con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva." Literal b) del artículo 2 de la Ley.

⁸ 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".

⁹ La resolución que imponga la multa establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor.

Así, las resoluciones que determinan la imposición de sanciones no son efectivas (o no entran en vigencia) de manera inmediata a su notificación sino que, como regla general, son efectivas desde el sexto día hábil siguiente de su notificación.

La eficacia diferida de la sanción tiene por finalidad que contra lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado en un procedimiento sancionador pueda interponerse un **recurso de reconsideración** dentro de los cinco (5) días hábiles de notificada o publicada la respectiva resolución, de conformidad con el primer párrafo del artículo 269 del Reglamento.

Cabe precisar que el referido recurso debe ser resuelto por el Tribunal dentro del plazo improrrogable de quince (15) días hábiles de presentado¹⁰, de conformidad con lo indicado por el numeral 269.5 del artículo 269 del Reglamento.

- 2.6 En ese sentido, para determinar si un proveedor se encuentra impedido de ser contratista, es decir, de suscribir un contrato, en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, se debe verificar, entre otras cuestiones, que la resolución que determina la imposición de la sanción haya quedado firme y, en consecuencia, se encuentre vigente o sea eficaz, en los términos señalados anteriormente.

Ahora bien, si durante la ejecución de un contrato el contratista es sancionado o se encuentren con suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, ello no exime su obligación de cumplir con las obligaciones previstas en el contrato, de conformidad con lo indicado en el numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Para determinar si un proveedor se encuentra impedido de ser contratista, es decir, de suscribir un contrato, en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, se debe verificar, entre otras cuestiones, que la resolución que determina la imposición de la sanción haya quedado firme y, en consecuencia, se encuentre vigente o sea eficaz, en los términos señalados anteriormente.
- 3.2. Si durante la ejecución de un contrato el contratista es sancionado o se encuentren con suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, ello no exime su obligación de cumplir con las obligaciones previstas en el contrato, de conformidad con lo indicado en el numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley.

Jesús María, 7 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.

¹⁰ Sin observaciones o luego de subsanado.