

OPINIÓN N° 212-2019/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Lurigancho - OCI

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

Referencia: Oficio N° 902-2019-MDL/OCI

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Jefa del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Distrital de Lurigancho formula una 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 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por¹:

- **“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.

La consulta formulada es la siguiente:

2.1. *“De presentarse casos en que ciudadanos que venían alquilando inmuebles al sector público, durante el periodo 2014-2018, y que, por elección popular*

¹ El informe legal de la consulta planteada contextualiza la misma a la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

actualmente ocupen cargos públicos como alcaldes y regidores en el ámbito donde venían ofreciendo el servicio de alquiler, qué acciones deberían efectuar éstos con relación al impedimento de ser contratistas en el ámbito de su competencia territorial (literal d), numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley n° 30225).

¿Es factible que continúen prorrogando contratos que habían suscrito antes de su elección como autoridades, o deberían informar a las entidades que se ubiquen en el ámbito de su jurisdicción para que éstas puedan buscar nuevos proveedores, teniendo en consideración que el término contratista se mantendrá hasta que termine el alquiler pactado, independientemente de cuando se inició la prestación?”. (Sic)

- 2.1.1 En primer lugar, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado²; en esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse respecto a las acciones que deben realizar los contratistas en determinados casos o si es factible prorrogar un contrato de arrendamiento de inmueble en una situación en particular, pues ello excede la habilitación establecida en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo antes señalado, a continuación se brindarán alcances generales respecto a los temas en torno a la consulta.

- 2.1.2 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 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, Integridad⁸, entre otros– así como en los

² La normativa de contrataciones del Estado se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las demás normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

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.

principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

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 derechos⁹, 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 En tal sentido, se debe tener en cuenta que cualquiera sea el régimen de contratación aplicable (incluyendo las contrataciones previstas en el literal a) del artículo 5 de la Ley), están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, las personas que se encuentren inmersas en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

Entre estos impedimentos se encuentra el del literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en virtud del cual, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, “Los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y los Regidores. Tratándose de los Jueces de las Cortes Superiores y de los Alcaldes, el impedimento aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. En el caso de los Regidores el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo”. (El resaltado y subrayado es agregado).

Como se observa, los Alcaldes están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, durante el ejercicio del cargo, en todos los procesos de contratación pública a nivel nacional; y, solo en el ámbito de su competencia territorial, seguirán impedidos para tales efectos, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.

Por su parte, los Regidores están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haberlo dejado, en los procesos de contratación pública en el ámbito de su competencia territorial.

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

⁸ “La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna. Literal j) del artículo 2 de la Ley.

⁹ 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”.

En relación con el ámbito de competencia territorial de los Alcaldes y Regidores, resulta pertinente anotar que el artículo 40 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, establece que *“Las municipalidades son órganos de gobierno local que se ejercen en las circunscripciones provinciales y distritales de cada una de las regiones del país, con las atribuciones, competencias y funciones que les asigna la Constitución Política, la Ley Orgánica de Municipalidades y la presente Ley. (...)”* (El subrayado es agregado).

Asimismo, debe indicarse que el artículo 3 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que en razón de su jurisdicción¹⁰, las municipalidades se clasifican de la siguiente manera: 1) La municipalidad provincial, sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado; 2) la municipalidad distrital, sobre el territorio del distrito; y, 3) la municipalidad de centro poblado, cuya jurisdicción la determina el respectivo concejo provincial, a propuesta del consejo distrital.

Por lo expuesto, el ámbito de competencia territorial al que hace referencia el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, tratándose de un Alcalde o Regidor, está delimitado en razón de la jurisdicción de la municipalidad a la que pertenece, de conformidad con lo establecido en las normas de la materia.

- 2.1.4. Cabe precisar, que los impedimentos para los proveedores previstos en la normativa de contrataciones del Estado se configuran en la oportunidad que éstos intervengan para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista.

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 ejecución¹¹.

- 2.1.5 Por otro lado, teniendo en cuenta que la consulta planteada guarda relación con la prórroga de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, corresponde señalar que los contratos celebrados bajo el amparo de la normativa de contrataciones del Estado deben contemplar un plazo de ejecución a efectos de establecer el inicio y la culminación de las prestaciones que debe efectuar el contratista.¹²

Así, el artículo 142 del Reglamento establece lineamientos respecto al plazo de ejecución contractual que deben ser tomados en cuenta en los contratos suscritos por las Entidades Públicas, precisando en su numeral 142.6 que *“Cuando se*

¹⁰ De acuerdo con la definición contemplada en el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española, por Jurisdicción se entiende *“Competencia territorial o personal, en cuanto poder que ejerce un Estado sobre un espacio determinado (...)”*. A mayor abundamiento, sírvase revisar dicho concepto accediendo a través del siguiente enlace: <https://dej.rae.es/lema/juridicci%C3%B3n>.

¹¹ De conformidad con el criterio establecido en las Opiniones N° 058-2017/DTN y N° 180-2019/DTN.

¹² De acuerdo a lo establecido en la Opinión N° 146-2018/DTN.

trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo puede ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo; reservándose la Entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI". (El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, la Entidad puede prever un plazo de ejecución contractual no mayor de tres (3) años, considerando también la posibilidad de prorrogarlo de forma sucesiva, por igual o menor plazo¹³ de manera directa; es decir, sin la necesidad de llevar a cabo previamente un proceso de selección u otro mecanismo de compra.

Cabe mencionar que, por "prórroga"¹⁴ debe entenderse la "*Continuación de algo por un tiempo determinado*". En esa mismo sentido, Messineo¹⁵ expresa que la prórroga "*se da cuando en un contrato próximo a vencerse, por acuerdo de las partes, se conviene en extender su duración, siendo el contrato el mismo de antes.*"; en este sentido, en el ámbito de la Contratación Pública, la prórroga debe ser entendida como la extensión del plazo de ejecución de un contrato celebrado entre una Entidad y un contratista, por un determinado periodo.

Por lo antes expuesto, teniendo en cuenta que el acto mediante el cual se celebra la prórroga de un contrato de arrendamiento de bien inmueble no constituye un nuevo contrato, sino un acto que extiende el periodo de vigencia del mismo por un periodo de tiempo determinado; en caso se opte por prorrogar un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, no resultarían aplicables los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley¹⁶.

- 2.1.6 Ahora bien, de lo manifestado en la presente consulta, se advierte que es posible que algunas circunstancias generen que los funcionarios, servidores o cualquier partícipe del proceso de contratación adquieran ciertas condiciones que generen posibles conflictos de intereses.

Al respecto, el artículo 8 de la Ley N° 27815, Ley del Código de ética de la Función Pública, establece las prohibiciones éticas de la Función Pública que deben ser tomadas en cuenta por los servidores públicos, siendo la primera de ellas la referida a los intereses de conflicto, estableciendo que el servidor público está prohibido de "*Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo*".

¹³ Cabe precisar que de acuerdo a lo indicado en las Opiniones N° 072-2013/DTN; N° 038-2014/DTN, N° 066-2016/DTN y N° 058-2017/DTN, el plazo máximo de un contrato de arrendamiento de bien inmueble no podía ser superior a diez (10) años, ello en razón a lo previsto en el artículo 1688 del Código Civil.

¹⁴ Según la primera acepción del término "prórroga" consignada en la vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española.

¹⁵ MESSINEO, Francesco. **Doctrina General del Contrato**. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1952. Pág. 205.

¹⁶ De acuerdo a lo establecido en la Opinión N° 180-2019/DTN.

Adicionalmente a lo señalado en el párrafo anterior, de existir circunstancias en las que los intereses de los funcionarios o servidores públicos pudieran estar en conflicto, se deberá tener en cuenta que la conducta de quienes intervienen en las contrataciones públicas, en cualquier etapa del proceso de contratación, debe regirse bajo los principios establecidos en la norma de contrataciones del Estado, así como en otros principios generales del derecho público¹⁷.

En ese sentido, para una eventual prórroga de contrato, correspondería que se evalúen las particularidades del caso en concreto, a fin de evitar conflictos de intereses.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. El ámbito de competencia territorial al que hace alusión el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, tratándose de un Alcalde o Regidor, está delimitado en razón de la jurisdicción de la municipalidad a la que este pertenece, de conformidad con lo establecido en las normas de la materia.
- 3.2. 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.
- 3.3. El acto mediante el cual se celebra la prórroga de un contrato de arrendamiento de bien inmueble no constituye un nuevo contrato, sino un acto que extiende el periodo de vigencia del mismo, por un periodo de tiempo determinado, al que no le resultarían aplicables los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley.
- 3.4. Cuando una Entidad evalúe la posibilidad de acogerse a las prerrogativas otorgadas por la normativa de contrataciones del Estado, por ejemplo las referidas a la prórroga de un contrato de arrendamiento de bien inmueble, correspondería que se evalúe las particularidades del caso en concreto, a fin de evitar conflictos de intereses.

Jesús María, 29 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMC

¹⁷ De conformidad con el artículo 2 de la Ley.