

OPINIÓN N° 219-2019/DTN

Entidad: Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL - OCI

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

Referencia: Oficio N° 019-2019-OCI-OSIPTEL

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe del Órgano de Control Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones 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. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**anterior Ley**” a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente hasta el 8 de enero de 2016.
- “**anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente hasta el 8 de enero de 2016.

La consulta formulada es la siguiente:

- 2.1. *“En el marco de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble ¿Es legal realizar la suscripción de una prórroga del citado contrato, considerando que posterior a la suscripción del contrato primigenio, el contratista se encuentra inmerso dentro de uno de los literales descritos en los impedimentos establecidos en el artículo 10 del Decreto Legislativo n° 1017?”. (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 Estado¹; en esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse respecto a la legalidad de la suscripción de una prórroga de contrato 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 Ahora bien, el primer párrafo del artículo 149 del anterior Reglamento señalaba que *“El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio”*. Por su parte, el segundo párrafo del mismo artículo establecía que *“Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago”*.

De esta manera, el referido artículo establecía que el periodo de vigencia contractual en la adquisición de bienes y servicios se extendía desde la suscripción del contrato o la recepción de la orden de compra o de servicio hasta la conformidad de la prestación a cargo del contratista y el pago correspondiente.

- 2.1.3 Al respecto, el artículo 150 del anterior Reglamento establecía los casos especiales de vigencia contractual, precisando en su numeral 4 que *“Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo podrá 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 y resaltado es agregado).

Como puede apreciarse, la normativa de contrataciones del Estado establecía que de manera excepcional, para el caso de contratos que tengan como objeto el arrendamiento de bienes inmuebles, la vigencia de los mismos podía ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo de manera directa; es decir, sin la necesidad de llevar a cabo previamente un proceso de selección u otro mecanismo de compra.

- 2.1.4 Sobre el particular, debe entenderse por "prórroga" a la continuación de algo por un tiempo determinado². En ese mismo sentido, Messineo³ 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

¹ 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.

² Según la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española.

³ MESSINEO, Francesco. **Doctrina General del Contrato**. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1952. Pág. 205.

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 expuesto, el acto mediante el cual se celebra la prórroga de un contrato de arrendamiento de bien inmueble no constituye un nuevo contrato, sino que constituye un acto que extiende el periodo de vigencia del mismo, bajo las mismas condiciones, por un periodo de tiempo determinado.

- 2.1.5 Ahora bien, en atención a la consulta formulada corresponde tener en cuenta que la normativa de contrataciones del Estado permitía que toda persona, natural o jurídica, que cumpliera con los requisitos previstos en ésta sea participante, postor y/o contratista en las contrataciones que las Entidades llevaban a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encontrara incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la anterior Ley.

Cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tenía su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal— Libre Concurrencia y Competencia⁴, Publicidad⁵, Transparencia⁶, Trato Justo e Igualitario⁷, entre otros—, así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

Los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista 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 10 de la anterior Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no podían extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.

En ese marco legal, se entendía que cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, estaban impedidos de ser participantes, postores, y/o contratistas, las personas que se encuentren inmersas en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 10 de la anterior Ley.

⁴ “En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.” Literal c) del artículo 4 de la anterior Ley.

⁵ “Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.” Literal g) del artículo 4 de la anterior Ley.

⁶ “Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento.” Literal h) del artículo 4 de la anterior Ley.

⁷ “Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.” Literal k) del artículo 4 de la anterior 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”.

- 2.1.6 Entre estos impedimentos se encontraba el del literal a) del artículo 10 de la anterior Ley⁹, en virtud del cual, estaban impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: “En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos”. (El subrayado es agregado).

Como se observa, la Ley establecía un impedimento para ser participante, postor y/o contratista en cualquier proceso de contratación pública a los más altos funcionarios del Estado, en razón de dos aspectos: el espacial y el temporal. En virtud del aspecto espacial, estos funcionarios estaban impedidos de participar en cualquier contratación pública, a nivel nacional; y, en virtud del aspecto temporal, el impedimento alcanzaba hasta los doce (12) meses posteriores al término del ejercicio de su cargo. Motivo por el cual, los funcionarios comprendidos en dicho dispositivo legal se encontraban impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, en toda contratación pública a nivel nacional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.

Por su parte, el literal f) del artículo 10 de la anterior Ley establecía que, también estaban impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: *“En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los numerales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”*.

En tal sentido, de conformidad con el párrafo anterior, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas naturales comprendidas en el literal a) del artículo 10 de la anterior Ley, estaban impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas en toda contratación pública a nivel nacional, hasta doce (12) meses posteriores a la fecha en la que el funcionario del Estado deje el cargo.

- 2.1.7 Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener en cuenta 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 y/o contratista.

En esa medida, los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la anterior Ley se aplicaban en la etapa de selección de proveedores y/o para la suscripción de contratos, precisamente, porque determinaban 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 aplicaban a contratos vigentes o en ejecución¹⁰.

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

⁹ De la revisión del informe legal adjunto a la consulta se advierte que la misma está orientada a los supuestos de impedimento recogidos en los literales a) y f) del artículo 10 de la anterior Ley.

¹⁰ De conformidad con el criterio establecido en las Opiniones N° 036-2012/DTN y N° 058-2017/DTN.

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 10 de la anterior Ley.

- 2.1.8 Sin perjuicio de lo antes señalado, la Entidad debía considerar las circunstancias particulares y evaluar la existencia de posibles conflictos de interés en los funcionarios, servidores o cualquier partícipe del proceso de contratación.

Adicionalmente, 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”*.

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. Los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades solo pueden ser establecidos mediante ley. En tal sentido, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos, los impedimentos previstos en el artículo 10 de la anterior Ley no podían extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.
- 3.2. Teniendo en cuenta que el acto mediante el cual se celebra la prórroga de un contrato 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 bien inmueble, no resultarían aplicables los impedimentos previstos en el artículo 10 de la anterior Ley.
- 3.3. Cuando una Entidad evalúe la posibilidad de prórroga un contrato de arrendamiento de bien inmueble, correspondería que se evalúen las particularidades del caso en concreto, a fin de evitar conflictos de intereses.

Jesús María, 4 de diciembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMC