

OPINIÓN N° 231-2019/DTN

Solicitante: Gerencia Regional de Control Cajamarca

Asunto: Impedimentos en el marco de la normativa de contrataciones del Estado

Referencia: Oficio N° 001812-2019-CG/GRCA

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Gerencia General de Control de formula consultas relacionadas con la posibilidad de disponer la agrupación de requerimientos por sistemas de contratación, a propósito de la etapa de absolución de consultas y/u observaciones en el marco de un determinado proceso de contratación por relación de ítems.

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, modificada por Decreto Legislativo N° 1444; así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 del Reglamento, aprobado por 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

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en las consultas planteadas, para su absolución se entenderá por:

- **“Ley”**, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1341, vigente a partir del 9 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
 - **“Reglamento”**, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente a partir del 9 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- 2.1. ***“¿Existiría impedimento o incompatibilidad para que un profesional conforme el plantel clave como residente y/o supervisor y/o especialista y/o asistente de una empresa a cargo de la ejecución o supervisión de una obra, estando dicho profesional sancionado administrativamente con suspensión y/o inhabilitación***

temporal y/o destitución para el ejercicio de la función pública?”. (Sic).

2.1.1. De manera previa, es importante señalar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado están referidas **al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos o casos concretos.

Sin perjuicio de ello, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindará alcances relacionados con los impedimentos que rigen según lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. En primer lugar, debe indicarse que toda persona -natural o jurídica, nacional o extranjera- que cumpla con los requisitos contemplados en la normativa de contratación pública puede ser proveedora del Estado, en el marco de las contrataciones que las Entidades realizan para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, **salvo que aquella se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley**.

En tal sentido, si un proveedor¹ del Estado incurre en alguno de los supuestos previstos en el referido dispositivo, éste se encontrará impedido en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado y, por tanto, **no podrá ser participante², postor³, contratista⁴ ni subcontratista** en los procesos de contratación pública que convoquen las Entidades.

Ahora bien, sobre este punto es importante anotar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal –tales como los de Libertad de concurrencia⁵, Igualdad de trato⁶, Transparencia⁷, Competencia⁸, entre otros—; así como

¹ Según la definición contemplada en el Anexo de Definiciones del Reglamento, el “**proveedor**” que interviene directamente en los procesos de contratación con el Estado es “*La persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios en general, consultoría en general, consultoría de obra o ejecuta obras*”.

² Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, “**Participante**” es el “*Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección*”.

³ Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, “**Postor**” es “*La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta*”.

⁴ Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, “**Contratista**” es “*El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento*”.

⁵ “*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*”.

⁶ “*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*”.

⁷ “*Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas*

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

Por ello, y considerando que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de *inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos*⁹, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en los procesos de contratación estatal, **solo pueden ser establecidos mediante ley y no pueden extenderse a supuestos distintos a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado.**

En ese contexto, se desprende que los impedimentos que regula el artículo 11 de la Ley restringen la intervención de **proveedores** que actúan como “participantes”, “postores”, “contratistas” y/o “subcontratistas” en los procesos de compras públicas¹⁰; sin embargo, el alcance de dichos impedimentos no puede aplicarse por analogía a supuestos ajenos a la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.3. Preciado lo anterior, debe indicarse que entre otros impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, se encuentran los contemplados en los literales l) y o), respectivamente¹¹.

Al respecto, el literal l) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidas *“Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su reglamento”*. (El subrayado es agregado).

Asimismo, según lo dispuesto por el literal o) del referido dispositivo, se encuentran impedidas *“Las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en*

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”.

⁸ “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”.

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”.

¹⁰ Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, incluso en las contrataciones excluidas del ámbito de aplicación que regula el literal a) del artículo 5 de la Ley, rigen los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 del referido dispositivo, en virtud de los cuales, los “proveedores” inmersos en alguno de los supuestos de impedimentos no puede ser “participantes”, “postores”, “contratistas” ni “subcontratistas” en los procesos de compras públicas que las Entidades convoquen.

¹¹ A los cuales se hace alusión en el documento de la referencia.

su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión, o testamento, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares”.

Como se aprecia, los citados impedimentos restringen la participación de aquellos proveedores que se encuentran inmersos en alguna de las situaciones antes descritas; de manera tal que, **al verificarse la configuración del impedimento invocado**, dichos proveedores **no pueden intervenir en calidad de participantes, ni como postores, ni contratistas, ni subcontratistas, en los procesos de compras públicas que convocan las Entidades**.

2.1.4. Ahora bien, **en el marco de un proceso de contratación con el Estado que tiene por objeto la ejecución de una obra**, se requiere la participación de ciertos **profesionales** encargados de controlar los trabajos que realiza **el contratista**, hasta que culmine la obra.

En relación con dichos profesionales, el Reglamento contempla al **residente de obra**, quien representa al contratista y es el responsable técnico de la obra durante la ejecución del contrato¹².

Al respecto, el numeral 154.1 del artículo 154 del Reglamento establece que *“Durante la ejecución de la obra debe contarse, de modo permanente y directo, **con un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista**, previa conformidad de la Entidad (...)”*. (El énfasis es agregado).

Por su parte, se encuentran el **supervisor** o **inspector**, que son los profesionales a través de los cuales la Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista, y que deben cumplir con la misma experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra, conforme a lo dispuesto en el artículo 159 del Reglamento.

En ese contexto, cabe precisar que el **inspector** es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por ésta. A su vez, el **supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para controlar la ejecución de la obra**; así, **en caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra**.

De esta manera, se desprende que **de los profesionales en mención**, **el único que participa en calidad de proveedor para contratar con el Estado es el supervisor de obra**, puesto que el inspector es un funcionario o servidor expresamente designado por la Entidad; mientras que el residente de obra es un profesional que interviene como responsable técnico de obra, a cargo del contratista.

Adicionalmente, debe indicarse que para realizar el adecuado control de la ejecución de una obra, tanto para la supervisión a cargo de la Entidad, así como para el residente de obra a cargo del contratista, **se puede contar con la participación de profesionales que integren un plantel profesional clave**; sin

¹² En concordancia con lo señalado en el numeral 154.2 del artículo 154 del Reglamento.

embargo, no por ello dichos profesionales adquieren la calidad de proveedores del Estado, ni menos la de participantes, postores, contratistas o subcontratistas en el marco del proceso de contratación de la obra.

2.1.5. Por lo expuesto, en la medida que el profesional que integra el plantel profesional clave no adquiere la calidad de participante, postor, contratista o subcontratista, ni se vincula directamente con la Entidad contratante, dicho profesional no se encontrará impedido bajo los alcances del artículo 11 de la Ley para conformar el plantel clave, en el marco de un proceso de contratación para supervisar o ejecutar una obra.

3. CONCLUSIÓN

En la medida que el profesional que integra el plantel profesional clave no adquiere la calidad de participante, postor, contratista o subcontratista, ni se vincula directamente con la Entidad contratante, dicho profesional no se encontrará impedido bajo los alcances del artículo 11 de la Ley para conformar el plantel clave, en el marco de un proceso de contratación para supervisar o ejecutar una obra.

Jesús María, 23 de diciembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA.