

OPINIÓN N° 140-2017/DTN

Entidad: Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria

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

Referencia: Oficio N° 119-2017/SUNEDU-03-08

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe (e) de la Oficina de Administración de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria consulta sobre los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor 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

De manera previa, debe indicarse que, con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 -que modifica la Ley N° 30225- y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF -que modifica el Decreto Supremo N° 350-2015-EF-, cuyas disposiciones son de aplicación a partir de la fecha mencionada salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados con anterioridad a ella, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

En esa medida, tomando en cuenta que de la revisión de los antecedentes de la solicitud se infiere que las consultas se encuentran referidas a la aplicación de la Ley N° 30225 y del Decreto Supremo N° 350-2015-EF después de la entrada en vigencia de sus modificatorias, el análisis de la presente opinión se efectuará en virtud de la normativa de contrataciones del Estado vigente en dicho contexto.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

¹ De acuerdo a lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1341.

2.1 “(...) respecto al impedimento previsto en el Literal e) del Numeral 11.1 del Artículo 11 de la citada Ley (...) solicitamos se sírvase precisar los siguientes aspectos adicionales (...) Si este impedimento resulta aplicable a los ex servidores de la Entidad que se desempeñaron bajo los alcances del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios – CAS, tomando en consideración que durante la vigencia de su vínculo laboral no ocuparon un cargo en el Cuadro para Asignación de Personal Provisional de la Entidad. ” (sic).

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, 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 generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

En esa medida, 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 o norma con rango de ley. Asimismo, teniendo en

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

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 dicho artículo.

2.1.2 Dicho lo anterior, debe señalarse que la parte inicial del literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista, “Durante el ejercicio del cargo los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva (...)”.

Al respecto, con la finalidad de conocer los alcances del impedimento regulado en la parte inicial del literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, resulta de especial importancia indicar que el numeral 248.1 del artículo 248 del Reglamento precisa algunos aspectos relacionados con la aplicación del impedimento establecido para el cónyuge, el conviviente y parientes a los que se refiere el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, de tal manera que a estos últimos se les aplique el impedimento de la persona con la que guardan relación pero de una forma más restringida.

En esa medida, las personas comprendidas en el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se encuentran impedidas solo en el ámbito regional, de competencia territorial o de la Entidad que corresponda a la persona con la que mantengan la relación de cónyuge, conviviente o parientes; lo cual evidencia que los impedimentos establecidos en los literales a) al e) del citado numeral tienen un carácter global mientras las personas señaladas en estos se mantengan en ejercicio del cargo.

Así, el literal d) del numeral 248.1 del artículo 248 del Reglamento establece que “Cuando la relación existe con los servidores públicos y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva a los que se refiere el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, el impedimento se configura en el ámbito de la Entidad a la que pertenecen estas personas (...)” (El subrayado es agregado).

En ese sentido, el literal d) del numeral 248.1 del artículo 248 del Reglamento establece que el impedimento del cónyuge, conviviente y parientes de un servidor público se configura únicamente en el ámbito de la Entidad a la que pertenece este último; con lo cual se tiene que el impedimento de los servidores públicos, mientras se encuentren en ejercicio del cargo, tiene alcance global respecto de las contrataciones públicas que se realicen dentro del país.

2.1.3 En la línea de lo expuesto, es importante señalar que la doctrina reconoce una serie de métodos que pueden ser empleados en la interpretación jurídica, dentro de los

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”.

cuales se encuentra el “*método histórico*”.

Así, Rubio Correa⁹ señala que “*Para el método histórico la interpretación se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate. Este método se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica, llamada intención del legislador, que debe contribuir decisivamente a explicarnos su sentido.*” (El subrayado es agregado).

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1341 “Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado” precisa que en el artículo 11 de la Ley -correspondiente a los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista- se han introducido las siguientes modificaciones: “(…) *El impedimento se ha ampliado a todo proceso de contratación pública durante el ejercicio del cargo en el caso de: los Gobernadores Regionales, Vicegobernadores Regionales y Consejeros de Gobiernos Regionales; los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores; los Titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva. (…)*” (El subrayado es agregado).

De esta manera, al interpretar la primera parte del literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, según el “*método histórico*”, se reafirma que las siguientes personas, durante el ejercicio del cargo, están impedidas de participar en todo proceso de contratación pública que se efectúe dentro del territorio nacional: (i) los titulares de instituciones o de organismo públicos del Poder Ejecutivo; (ii) los funcionarios públicos, (iii) los empleados de confianza; (iv) los servidores públicos; y, (v) los gerentes y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva.

Por tanto, mientras que se encuentren en ejercicio del cargo, los servidores públicos están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en toda contratación estatal efectuada dentro del territorio nacional.

2.1.4 Ahora bien, cabe señalar que el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley continua regulando los impedimentos aplicables a los integrantes de una Entidad, indicando que estos últimos están impedidos “*respecto a la Entidad a la que pertenecen, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo. (…)*” (El subrayado es agregado).

Como se advierte, en virtud del citado dispositivo los ex integrantes de una Entidad se encontrarían impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en los procesos de contratación que esta última lleve a cabo, desde que dejaron de formar parte de la Entidad y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento.

⁹ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 248.

No obstante ello, el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que están impedidos “En la Entidad a la que pertenecen, quienes por el cargo o la función que desempeñan tienen influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o conflictos de intereses, hasta (12) meses después de haber dejado el cargo.” (El subrayado es agregado).

Así, de conformidad con el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, a efectos de aplicar el impedimento es necesario verificar la influencia, poder de decisión o información privilegiada respecto del proceso de contratación, o la existencia de un conflicto de intereses.

En dicho contexto, es necesario delimitar el alcance del impedimento regulado en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, concordándolo con el del literal f) del mismo numeral, a partir del momento en que el servidor público se desvincula de la Entidad, en otras palabras, desde que deja el cargo.

Al respecto, cabe señalar que Rubio Correa¹⁰ desarrolla el “*método sistemático por comparación con otras normas*”, indicando que el citado método de interpretación “(...) *consiste en esclarecer el ‘qué quiere decir’ la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella.*” (El subrayado es agregado).

En esa línea, la parte final del literal d) del numeral 248.1 del artículo 248 del Reglamento dispone que cuando la relación existe con un servidor público el impedimento se configura respecto de su cónyuge, conviviente y parientes, en el ámbito de la Entidad a la que pertenece dicho servidor “(...) y hasta doce meses después de que dejen el cargo, siempre que, por la función desempeñada, dichas personas tengan influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre los procesos de contratación de la Entidad, en concordancia con el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.”

En tal sentido, atendiendo a los criterios que comprende el “*método sistemático por comparación con otras normas*” y a lo señalado en el literal d) del numeral 248.1 del artículo 248 del Reglamento, un servidor público, desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en la Entidad de la que formó parte, siempre que por la función desempeñada hubiera tenido o tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación le genere un conflicto de intereses.

- 2.1.5 En ese orden de ideas, un servidor público, durante el ejercicio del cargo, se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en cualquier contratación pública que se realice dentro del territorio nacional; mientras que, desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, está impedido de participar únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formó parte siempre que por la función desempeñada hubiera tenido o tenga influencia, poder de decisión, o

¹⁰ Ídem, pág. 242.

información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación le genere un conflicto de intereses.

- 2.2 *“Si este impedimento resulta aplicable a los ex servidores de la Entidad que no tuvieron influencia, poder de decisión ni acceso a información privilegiada sobre procesos de contratación, tomando en consideración lo dispuesto en el literal d) del artículo 248 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF.”* (sic).

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, un servidor público, desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, está impedido de participar únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formó parte siempre que por la función desempeñada hubiera tenido o tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación le genere un conflicto de intereses.

En consecuencia, **un ex servidor público no se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en la Entidad de la cual formó parte -desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento- cuando por la función desempeñada no hubiera tenido o no tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o cuando su participación no le genere un conflicto de intereses.**

- 2.3 *“Si este impedimento resulta aplicable al supuesto excluido del ámbito de aplicación previsto en el Literal a) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado y sus modificaciones.”* (sic).

Sobre el particular, es importante precisar que el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece un listado de supuestos que constituyen impedimentos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista, los cuales son de aplicación incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley.

Dicho lo anterior, cabe señalar que el literal a) del artículo 5 de la Ley hace referencia a *“Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción (...)”*.

En ese sentido, el impedimento regulado en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley resulta de aplicación incluso a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción.

- 2.4 *“Cuál es la ‘ley especial de la materia’ a la que se hace referencia en la norma citada y a quienes excluye dicho impedimento.”* (sic).

Al respecto, debe señalarse que corresponde a la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, en su calidad de órgano rector, definir los dispositivos que regulan el Sistema Administrativo de Recursos Humanos del Estado, así como su vigencia y alcances.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que si bien el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley hace referencia a “*la ley especial de la materia*”, ello no enerva que el impedimento es de aplicación para todo servidor público de una Entidad, independientemente que su cargo se encuentre previsto, o no, en el Cuadro de Asignación de Personal Provisional de la Entidad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Un servidor público, durante el ejercicio del cargo, se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en cualquier contratación pública que se realice dentro del territorio nacional; mientras que, desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, está impedido de participar únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formó parte siempre que por la función desempeñada hubiera tenido o tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación le genere un conflicto de intereses.
- 3.2 Un ex servidor público no se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en la Entidad de la cual formo parte -desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento- cuando por la función desempeñada no hubiera tenido o no tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o cuando su participación no le genere un conflicto de intereses.
- 3.3 El impedimento regulado en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley resulta de aplicación incluso a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción.
- 3.4 Si bien el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley hace referencia a “*la ley especial de la materia*”, ello no enerva el hecho de que el impedimento es de aplicación para todo servidor público de una Entidad, independientemente que su cargo se encuentre previsto, o no, en el Cuadro de Asignación de Personal Provisional de la Entidad.

Jesús María, 23 de junio de 2017

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC