

OPINIÓN N° 119-2020/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Ventanilla

Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procesos de contratación con el Estado

Referencia: Formulario S/N de fecha 19.NOV.2020 - Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Ventanilla, formula varias consultas relacionadas con los impedimentos previstos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procesos de contratación con el 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, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA "Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado", determinándose que la tercera consulta no se encuentra vinculada a las consultas N° 1 y 2, toda vez que estas últimas están relacionadas con los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, mientras que en la primera se consulta si existe alguna limitación para que un proveedor de bienes o servicios pueda abastecer en más de un rubro a una Entidad, asunto que guarda relación con las exigencias que debe cumplir cada proveedor según la actividad económica que desarrolla, y con su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). Por tanto, la tercera consulta no podrá ser absuelta en el marco de la presente Opinión.

- “Ley”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “Reglamento”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿Existe algún impedimento para que un proveedor de bienes o servicios pueda proveer a una Entidad más de una vez durante un ejercicio fiscal?”

2.1.1 En primer lugar, es importante precisar que la normativa de contrataciones del Estado² permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en dicha normativa, pueda ser “participante”³, “postor”⁴, “contratista”⁵ y/o “subcontratista” en los procesos de contratación que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de los fines públicos a su cargo; **salvo que aquel proveedor se encuentre inmerso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.**

Al respecto, cabe indicar 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 concurrencia⁶, Igualdad de trato⁷, Transparencia⁸, Competencia⁹, entre otros—; así como en los principios generales del régimen económico nacional, consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

² Conformada por la Ley, su Reglamento y las Directivas emitidas por el OSCE.

³ Bajo los alcances de la normativa en mención, un “participante” es aquel “Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección”. Asimismo, según el Anexo de definiciones del Reglamento, el procedimiento de selección “Es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de una obra”. (El subrayado es agregado).

⁴ En ese mismo contexto, un **postor** es “La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta”. (El subrayado es agregado).

⁵ De acuerdo al Anexo de definiciones, un **contratista** es “El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento”. (El subrayado es agregado).

⁶ “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”.

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”.

⁸ “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”.

⁹ “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”.

Por ello, y considerando que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de *inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos*¹⁰, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en los procesos de contratación estatal, **sólo pueden ser establecidos mediante ley y no pueden extenderse por analogía a supuestos distintos a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado.**

2.1.2 Efectuadas las precisiones anteriores, corresponde anotar que el artículo 11 de la Ley establece un listado de personas que, por diversas circunstancias –*como el cargo público que ejercen, su relación de parentesco, el haber sido sancionados, su injerencia directa en la toma de decisiones, el acceso previo a información privilegiada, entre otros que constituyan conflictos de intereses*–, **no pueden participar en las contrataciones del Estado**, según se trate del supuesto y su alcance (de carácter temporal y/o territorial).

Al respecto, es preciso mencionar que los impedimentos indicados en el referido artículo **se aplican inclusive a aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a las 8 UIT**, tal como lo dispone el numeral 11.1 del dispositivo en mención.

Sin perjuicio de lo expuesto, en atención al tenor de la consulta planteada, debe indicarse que el artículo 11 de la Ley no ha previsto un impedimento que limite el número de veces que un proveedor -de bienes, servicios, consultorías u obras- puede contratar con una determinada Entidad dentro de un periodo o ejercicio fiscal; en ese contexto, una persona puede ser proveedora de la misma Entidad -incluso más de una vez en el mismo periodo, de conformidad con las normas que regulen su actividad y el objeto de contratación-, en tanto no se encuentre inmersa en alguno de los supuestos contemplados en el referido artículo.

2.2 ***“¿Existe algún límite de veces en que un proveedor de bienes o servicios, puede contratar con una Entidad por diversas prestaciones durante un ejercicio fiscal?”***

2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, el artículo 11 de la Ley no ha previsto un impedimento que limite el número de veces que un proveedor -de bienes, servicios, consultorías u obras- puede contratar con una determinada Entidad dentro de un periodo o ejercicio fiscal; en ese contexto, una persona puede ser proveedor de la misma Entidad -incluso más de una vez en el mismo periodo, de conformidad con las normas que regulen su actividad y el objeto de contratación -, en tanto no se encuentre inmersa en alguno de los supuestos contemplados en el referido artículo.

2.2.2. Sin perjuicio de ello, es importante tomar en cuenta la prohibición de fraccionamiento indebido que establece la normativa de contrataciones del Estado,

¹⁰ 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".

según lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley¹¹ y 40 del Reglamento.

Al respecto, en relación con el tenor de la presente consulta, este Organismo Técnico Especializado ha precisado en la Opinión N° 014-2019/DTN¹² que el solo hecho de que un proveedor suscriba dos o más contratos con la misma Entidad, por prestaciones distintas, no configura un fraccionamiento indebido, pues para que éste ocurra, -según el artículo 20 de la Ley-, debe verificarse lo siguiente: *i) que se haya dividido, de manera deliberada, la contratación de un mismo objeto contractual, a efectos de evitar el tipo de procedimiento de selección que correspondía, de acuerdo a las necesidades debidamente programadas por la Entidad; o, ii) que con dicha división se haya evadido la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, dando lugar a contratos por montos iguales o menores a ocho Unidades Impositivas Tributarias (8UITs) y/o el cumplimiento de tratados y compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.*

Cabe precisar que, de verificarse el incumplimiento de la prohibición de fraccionar que establece la normativa de contrataciones del Estado, corresponderá efectuar en cada caso el deslinde de responsabilidades, conforme a lo dispuesto en el numeral 40.1 del artículo 40 del Reglamento¹³.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. El artículo 11 de la Ley no ha previsto un impedimento que limite el número de veces que un proveedor -de bienes, servicios, consultoría de obras o ejecución de obras- puede contratar con una determinada Entidad dentro de un periodo o ejercicio fiscal; en ese contexto, una persona puede ser proveedor de la misma Entidad -incluso más de una vez en el mismo periodo, de conformidad con las normas que regulen su actividad y el objeto de contratación-, en tanto no se encuentre inmersa en alguno de los supuestos contemplados en el referido artículo.
- 3.2. En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 014-2019/DTN, el solo hecho de que un proveedor suscriba dos o más contratos con la misma Entidad, por prestaciones distintas, no configura un fraccionamiento indebido, pues para que éste ocurra, -según el artículo 20 de la Ley-, debe verificarse lo siguiente: *i) que se haya dividido, de manera deliberada, la contratación de un mismo objeto contractual, a efectos de evitar el tipo de procedimiento de selección que correspondía, de acuerdo a las necesidades debidamente programadas por la Entidad; o, ii) que con dicha división se haya evadido la aplicación de la*

¹¹ Conforme al artículo 20 de la Ley, “Se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la presente Ley y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.”

¹² La cual es concordante con el criterio contemplado en otras Opiniones, tales como la N° 023-2019/DTN, y N° 066-2019/DTN, entre otras.

¹³ “El área usuaria, el órgano en cargado de las contrataciones y/u otras dependencias de la Entidad cuya función esté relacionada con la correcta planificación de los recursos, son responsables por el incumplimiento de la prohibición de fraccionar, debiendo efectuarse en cada caso el deslinde de responsabilidad, cuando corresponda”.

normativa de contrataciones del Estado, dando lugar a contratos por montos iguales o menores a ocho Unidades Impositivas Tributarias (8UITs) y/o el cumplimiento de tratados y compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

Jesús María, 30 de octubre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/gda.