

OPINIÓN N° 010-2020/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Chorrillos

Asunto: Impedimentos

Referencia: Oficio N° 004-2020-SG-MDCH

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Secretario General de la Municipalidad Distrital de Chorrillos formula consulta sobre los impedimentos aplicables a los ex funcionarios públicos de confianza.

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.

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:

- **“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 y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente a partir del 15 de diciembre de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

“(…) si los ex funcionarios públicos de confianza contratados bajo la modalidad del régimen CAS, tiene algún impedimento para ser contratados con la modalidad de locación de servicios” (Sic.).

2.1. De manera previa, corresponde indicar que el OSCE no puede emitir pronunciamiento respecto de situaciones o casos concretos, puesto que ello excede

la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. En esa medida, este Organismo Técnico Especializado no tiene competencia para determinar si una determinada persona (“*ex funcionario público de confianza, según la ley especial de la materia*”) se encuentra inmersa en alguno de los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley; situación que debe ser definido a partir del análisis de todos los elementos que componen el caso concreto.

- 2.2. Preciado lo anterior, debe mencionarse que la Ley establece su ámbito de aplicación en su artículo 3 teniendo en cuenta dos criterios: (i) el criterio subjetivo, referido a los sujetos que están obligados a aplicar las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado; y (ii) el criterio objetivo, referido a aquellas contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la mencionada normativa. Cabe acotar que el ámbito de aplicación de la Ley se configura cuando se encuentran, de manera concurrente, ambos criterios señalados.

Así, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley, aquellas contrataciones que realizan las Entidades Públicas para abastecerse de bienes, servicios y/u obras, cuyo pago es efectuado con cargo a fondos públicos.

- 2.3. De manera previa, es importante señalar que la Ley establece expresamente una lista de supuestos que se encuentran fuera de su ámbito de aplicación; de esta forma, las contrataciones que se encuentran inmersas en alguno de los supuestos establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley, pueden realizarse sin aplicar las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, sin que dicha situación enerve la obligación de las Entidades de observar el cumplimiento de los principios que rigen a toda contratación pública¹, cuando corresponda.

Al respecto, el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley establece que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, pero sujetas a supervisión del OSCE, “*Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco*”.

Como puede apreciarse, las contrataciones de bienes, servicios u obras cuya cuantía es igual o inferior a ocho (8) UITs, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley, por lo que pueden ser realizadas sin aplicar las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, sin embargo, cabe señalar que el artículo 11 de la Ley (que establece los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado) y el artículo 46 de la Ley (que establece la obligatoriedad de contar con inscripción en el Registro Nacional de Proveedores para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado) se aplican a **todas** las contrataciones realizadas por las Entidades Públicas **independientemente**

¹ De conformidad con lo señalado en el numeral 19 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC, “(...) ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario”.

de si se encuentran o no bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.4. Realizadas las precisiones anteriores, es importante mencionar que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona que cumpla con las condiciones y exigencias que ésta establece, puede ser participante, postora, contratista y/o subcontratista del Estado, salvo que se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley, los cuales **se aplican a** todas las contrataciones realizadas por las Entidades Públicas, **independientemente del régimen de contratación aplicable**, es decir, **incluso a** aquellas contrataciones **iguales o menores a 8 UITs a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.**

Entre los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley, —*en atención a la consulta planteada*— se encuentra el establecido en el literal e) de su numeral 11.1, el cual establece que se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado, “*Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, **los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia,** y los gerentes de las empresas del Estado. El impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de culminado el mismo hasta doce (12) meses después sólo en la entidad a la que pertenecieron”.* (El resaltado es agregado).

Como puede advertirse, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia², se encuentran impedidos de: (i) registrarse como participantes en los procedimientos de selección convocados por las Entidades Públicas; (ii) formular propuestas en el marco de dichos procedimientos de selección; **(iii) contratar con las Entidades Públicas, independientemente de que el régimen de contratación aplicable se encuentre o no bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado;** y (iv) ser subcontratistas del Estado, en el marco de lo establecido en la Ley y el Reglamento para tales efectos. Dichas restricciones se aplican **para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; una vez culminado el cargo se extienden hasta doce (12) meses después y solo en la Entidad a la que pertenecen.**

- 2.5. Finalmente, debe advertirse que cada Entidad debe verificar que las personas con las cuales contrata, incluso en aquellas contrataciones fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, no se encuentran inmersas en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley (y no únicamente en el impedimento establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley analizado en el numeral anterior).

3. CONCLUSIONES

² Conforme con lo establecido en el artículo 5 de la Ley N° 30057 “Ley del Servicio Civil”, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, es el ente rector del Sistema administrativo de gestión de recursos humanos, por lo tanto, es el órgano competente para absolver las consultas sobre la materia.

- 3.1. Los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, se encuentran impedidos de: (i) registrarse como participantes en los procedimientos de selección convocados por las Entidades Públicas; (ii) formular propuestas en el marco de dichos procedimientos de selección; (iii) contratar con las Entidades Públicas, independientemente de que el régimen de contratación aplicable se encuentre o no bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; y (iv) ser subcontratistas del Estado, en el marco de lo establecido en la Ley y el Reglamento para tales efectos. Dichas restricciones se aplican para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; una vez culminado el cargo se extienden hasta doce (12) meses después y solo en la Entidad a la que pertenecen.
- 3.2. Cada Entidad debe verificar que las personas con las cuales contrata, incluso en aquellas contrataciones fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, no se encuentran inmersas en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

Jesús María, 28 de enero de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS