

OPINIÓN N° 016-2023/DTN

Solicitante: Wilfredo Jesús Melo Chumbiauca

Asunto: Impedimentos

Referencia: Formulario S/N de fecha 27.DIC.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Wilfredo Jesús Melo Chumbiauca formula varias consultas referidas a los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista 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, 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

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

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1. ***“¿Si se aplica el impedimento del literales e), y f) del Numeral 11.1 del Artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, a un Funcionario Público, que no cuenta con influencia, poder de decisión, ni dirección?” (Sic.)***

- 2.1.1. De manera previa, corresponde señalar que las Opiniones que emite este Organismo Técnico Especializado realizan un análisis interpretativo sobre el sentido y alcance de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, es decir, las Opiniones que emite el OSCE se limitan a desarrollar alcances de lo ya establecido en la mencionada normativa. El OSCE, en vía de opinión no puede determinar si una persona en particular se encuentra inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en la Ley, aspecto que debe ser determinado a partir de la evaluación de los elementos que constituyen el caso materia de análisis.
- 2.1.2. Aclarado lo anterior, debe indicarse que la normativa de contrataciones permite que toda persona que cumpla con los requisitos que esta establece pueda inscribirse como participante en los procedimientos de selección convocados por las Entidades, formular propuestas en el marco de dichos procedimientos de selección, perfeccionar contratos o subcontratar con el Estado de acuerdo con lo establecido en la mencionada normativa; **salvo** que dicha persona se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.
- 2.1.3. Ahora bien, entre los referidos impedimentos se tiene el establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por el cual se encuentran impedidos de 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. Los directores de las empresas del Estado y los miembros de los Consejos Directivos de los organismos públicos del Poder Ejecutivo se encuentran impedidos en el ámbito de la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de haber culminado el mismo”*.

Como es de verse los funcionarios públicos, no pueden ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en ningún proceso de contratación, a nivel nacional, durante el ejercicio del cargo, y luego de haber dejado el cargo hasta doce (12) meses después, estarán impedidos solo en la entidad a la que pertenecieron; cabe precisar que, respecto de los funcionarios públicos, el literal e) no ha establecido como condición que este cuente con influencia, poder de decisión o dirección, esto en la medida que siendo funcionario público se asume que cuenta con poder de dirección y de decisión.

De igual modo se ha incluido en el literal e) a los servidores públicos con poder de dirección o decisión quienes no pueden ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en ningún proceso de contratación, a nivel nacional, durante el ejercicio del cargo, y luego de haber dejado el cargo hasta doce (12) meses después, estarán impedidos solo en la entidad a la que pertenecieron.

Por otro lado, el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o

subcontratistas “*Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses*”.

Como se advierte, el impedimento establecido en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley no hace referencia a los funcionarios públicos, sino que establece que los servidores públicos **que no cuentan con** poder de dirección o decisión se encuentran impedidos de participar en procedimientos de selección, formular ofertas, contratar y/o subcontratar con la Entidad a la que pertenecen, y luego de haber dejado el cargo, hasta doce (12) meses después solo cuando por su función ese servidor haya tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada **sobre el proceso de contratación bajo análisis** o conflicto de intereses.

~~En este punto, debe precisarse que la diferencia entre funcionario público y servidor público con poder de dirección o decisión o sin este, se encuentra regulada en las normas especiales de la materia¹.~~

2.1.4. En conclusión, de acuerdo con lo establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los funcionarios públicos —es decir, los empleados públicos que son clasificados así, de acuerdo a la ley especial de la materia— se encuentran impedidos de participar, formular ofertas, contratar y/o subcontratar con el Estado en todo proceso de contratación, a nivel nacional, y luego de haber dejado el cargo hasta doce (12) meses después, estarán impedidos solo en la entidad a la que pertenecieron; cabe señalar que para los funcionarios públicos no se ha establecido como condición que este cuente con influencia, poder de decisión o dirección, pues se asume que por su calidad de funcionario público cuenta con poder de dirección o decisión. Por lo establecido en el literal f) se encuentran impedidos respecto de la Entidad a la que pertenecen, los servidores públicos que no cuentan con poder de dirección o decisión —clasificados así según la ley especial de la materia—, y hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, solo respecto de aquellos procesos de contratación en los cuales por su función hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada o conflicto de intereses.

2.2. “¿En los diferentes estamentos del Estado, hay asesores que son funcionarios

¹ La Ley N° 28175 “Ley Marco del empleo público”, establece en su artículo 4 la clasificación del personal del empleo público.
El artículo 3 de la Ley N° 30057 “Ley del servicio civil” establece definiciones de “funcionario público, “directivo público”, “servidor civil de carrera”, entre otras.
Adicionalmente, debe señalarse que de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley N° 30057, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), ejerce la rectoría del Sistema administrativo de gestión de recursos humanos, en tal sentido, es la Entidad competente para absolver las dudas en relación a dicho Sistema.

designados, pero que por función desempeñan labores de seguimiento, reunión de coordinaciones, proyectos de documentos (informes, memos, resoluciones), etc, sin influencia, poder de dirección ni decisión, por ello, se consulta, si estos funcionarios no están inmersos dentro del impedimento establecido en los literales e) y f) del Numeral 11.1 del Artículo 11 del TULO de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que se encuentran dentro del alcance del último párrafo del numeral 2.3.1 de la Opinión N° 057-2022/DTN, que dispone que “(...) en caso contrario, si estas condiciones no se verifican, por no corresponder a las funciones que desempeñaban en el cargo, tales ex servidores no se encontrarían impedidos bajo los términos del literal f)”.

- 2.2.1. En principio, debe reiterarse que el OSCE no puede emitir pronunciamiento respecto de situaciones o casos concretos ni sobre aspectos relacionados a la gestión de los perfiles de puestos del empleo público u otros que corresponden al Sistema administrativo de gestión de recursos humanos; en esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede determinar la clasificación del puesto ni las funciones que tiene un empleado público dentro de una determinada Entidad para efectos de determinar si se encuentra inmerso —o no— en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.
- 2.2.2. Como se señaló al absolver la consulta anterior, de acuerdo con lo establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los funcionarios públicos —es decir, los empleados públicos que son clasificados así, de acuerdo a la ley especial de la materia— se encuentran impedidos de participar, formular ofertas, contratar y/o subcontratar con el Estado en todo proceso de contratación, a nivel nacional, y luego de haber dejado el cargo hasta doce (12) meses después, estarán impedidos solo en la entidad a la que pertenecieron; cabe señalar que para los funcionarios públicos no se ha establecido como condición que este cuente con influencia, poder de decisión o dirección, pues se asume que por su calidad de funcionario público cuenta con poder de dirección o decisión.
- 2.2.3. Por lo establecido en el literal f) se encuentran impedidos respecto de la Entidad a la que pertenecen, los servidores públicos que no cuentan con poder de dirección o decisión —clasificados así según la ley especial de la materia—, y hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, solo respecto de aquellos procesos de contratación en los cuales por su función hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada o conflicto de intereses.

En concordancia con lo señalado, la Opinión N° 057-2022/DTN, efectivamente, indica que, de conformidad con lo dispuesto en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los ex servidores públicos se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en el ámbito de los procesos de contratación que convoque la Entidad a la que pertenecían, hasta los doce (12) meses después del cese del cargo, siempre y cuando, por la función desempeñada, tales ex servidores hubieran tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada, en relación con tales procesos, o conflicto de intereses; precisando que, si no se verificara dichas condiciones, por no corresponder a las funciones que desempeñaban en el cargo, tales ex servidores no se encontrarían impedidos bajo

los términos del literal f). Como se puede advertir, las funciones desempeñadas a fin de evaluar la configuración del impedimento, solo podría darse respecto a los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, mas no en el caso de funcionarios públicos.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. De acuerdo con lo establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los funcionarios públicos —es decir, los empleados públicos que son clasificados así, de acuerdo a la ley especial de la materia— se encuentran impedidos de participar, formular ofertas, contratar y/o subcontratar con el Estado en todo proceso de contratación, a nivel nacional, y luego de haber dejado el cargo hasta doce (12) meses después, estarán impedidos solo en la entidad a la que pertenecieron; cabe señalar que para los funcionarios públicos no se ha establecido como condición que este cuente con influencia, poder de decisión o dirección, pues se asume que por su calidad de funcionario público cuenta con poder de dirección o decisión. Por lo establecido en el literal f) se encuentran impedidos respecto de la Entidad a la que pertenecen, los servidores públicos que no cuentan con poder de dirección o decisión —clasificados así según la ley especial de la materia—, y hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, solo respecto de aquellos procesos de contratación en los cuales por su función hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada o conflicto de intereses.
- 3.2. De conformidad con lo dispuesto en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los ex servidores públicos se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en el ámbito de los procesos de contratación que convoque la Entidad a la que pertenecían, hasta los doce (12) meses después del cese del cargo, siempre y cuando, por la función desempeñada, tales ex servidores hubieran tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada, en relación con tales procesos, o conflicto de intereses; precisando que, si no se verificara dichas condiciones, por no corresponder a las funciones que desempeñaban en el cargo, tales ex servidores no se encontrarían impedidos bajo los términos del literal f). Como se puede advertir, las funciones desempeñadas a fin de evaluar la configuración del impedimento, solo podría darse respecto a los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, mas no en el caso de funcionarios públicos.

Jesús María, 26 de enero de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS