

OPINIÓN N° 031-2023/DTN

Solicitante: Municipalidad del Centro Poblado de Santa María de Huachipa.

Asunto: Literal d) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley e impedimentos para contratar.

Referencia: Formulario S/N de fecha 27.FEB.2023 – Consulta sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Víctor Alegría Gonzales, Gerente de la Municipalidad del Centro Poblado de Santa María de Huachipa formula consulta sobre los alcances del literal d) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley e impedimentos para contratar previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

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. CONSULTA Y ANÁLISIS

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019; Ley N° 31433, vigente desde el 07 de marzo de 2022; y, Ley N° 31535, vigente desde el 29 de julio de 2022.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019; Decreto Supremo N° 168-2020-EF, vigente desde el 01 de julio de 2020; Decreto Supremo N° 250-2020-EF, vigente desde el 05 de

setiembre de 2020; Decreto Supremo N° 162-2021-EF, vigente desde el 12 de julio de 2021; Decreto Supremo N° 234-2022-EF, vigente desde el 28 de octubre de 2022; y, Decreto Supremo N° 308-2022-EF, vigente desde el 24 de diciembre de 2022.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “Una organización de la administración pública que no califica como Entidad (Opinión 106-2021/DTN) como la Municipalidad de un Centro Poblado, se encuentra impedida o no dentro de los impedimentos de la Ley N° 30225, artículo 11. Además, si se encuentra impedido de contratar como personal subordinado a ex funcionarios de la misma organización sin haber pasado los 12 meses que señala el artículo 11 de la Ley de Contrataciones.” Sic.

2.1.1. En primer lugar, es necesario indicar que este Organismo Técnico Especializado, en vía de opinión, no puede definir si una determinada organización de la Administración Pública se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado ni tampoco si una contratación de personal subordinado se encuentra o no sujeto a los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, ya que ello excede la habilitación establecida en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación se analizará de forma genérica los alcances del literal d) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, así como los impedimentos previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

2.1.2. En primer lugar, debe mencionarse que el artículo 76 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

“Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades. (El subrayado es agregado).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que ***“La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados***

para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.”¹ (El subrayado es agregado).

Como se desprende del artículo 76 de la Constitución Política del Perú y de lo señalado por el Tribunal Constitucional, la contratación de bienes, servicios y obras con fondos públicos debe realizarse, obligatoriamente, mediante los procedimientos que establezca la ley que desarrolla este precepto constitucional.

Con relación a ello, debe indicarse que la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, constituyen la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.3. Ahora bien, el artículo 3 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: (i) uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y, (ii) un criterio objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito; siendo que, para verificar el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ambos elementos deben presentarse en forma concurrente.

Así, el numeral 3.1² del artículo 3 establece un listado de los tipos de órganos u organismos de la Administración Pública³ que se encuentran en la obligación de

¹ Numeral 12 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

² “**Artículo 3°.- Ámbito de aplicación**

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente Ley, bajo el término genérico de Entidad:

- a) Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos.
- b) El Poder Legislativo, Poder Judicial y Organismos Constitucionalmente Autónomos.
- c) Los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos.
- d) Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos.**
- e) Las universidades públicas.
- f) Juntas de Participación Social.
- g) Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno.
- h) Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado”.

³ A efectos de precisar el contenido de “administración pública”, resulta pertinente citar lo señalado por Marcial Rubio: “Los órganos del gobierno central, así como los gobiernos regionales, concejos municipales y varios organismos constitucionales con funciones específicas, tienen por debajo de sus jefes u organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, organizados en distintas reparticiones, que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado y constituyen la administración pública.” (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, décima edición, 2009, Pág. 65.

Adicionalmente, el mismo autor indica que “La administración pública está en todo el Estado: en el Congreso, en el Poder Judicial, en los órganos del Estado, y en los gobiernos regionales y locales. Pero la parte más importante de la Administración está en el Poder Ejecutivo (...)” (el subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, 2006, Pág. 210.

aplicar la normativa de contrataciones del Estado, denominándolos “Entidades”⁴.

Por su parte, el numeral 3.3 señala que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.

En ese sentido, se advierte que, la sujeción de determinadas contrataciones a las disposiciones de la Ley y su Reglamento resultará obligatoria cuando quien pretende satisfacer sus necesidades de bienes, servicios u obras tiene la calidad de “Entidad”, en los términos referidos en el artículo 3 de la Ley y si además, para tal efecto, debe asumir el pago con cargo a fondos públicos; condiciones que deben presentarse de forma concurrente.

- 2.1.4. Ahora bien, de conformidad al literal d) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente norma, bajo el término genérico “Entidad”: (...) ***“Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos.”*** (El énfasis es agregado)

Sobre el particular, cabe indicar que el artículo 40 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, establece que: *“Las municipalidades son órganos de gobierno local que se ejercen en las circunscripciones provinciales y distritales de cada una de las regiones del país con las atribuciones, competencias y funciones que les asigna la Constitución Política, la Ley Orgánica de Municipalidades y la presente Ley. (...)”* (El subrayado es agregado).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que, en razón de su jurisdicción, las municipalidades se clasifican de la siguiente manera: i) La municipalidad provincial, sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado; ii) la municipalidad distrital, sobre el territorio del distrito; y, iii) **la municipalidad de centro poblado**, cuya jurisdicción la determina el respectivo concejo provincial, a propuesta del consejo distrital.

Al respecto, es importante señalar que la Ley N° 31079⁵ *“Ley que modifica la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respecto de las Municipalidades de Centros Poblados, modificada por la Ley 30937, y la Ley 28440, Ley de Elecciones de Autoridades Municipales de Centros Poblados”*, define en su artículo 128 a las **Municipalidades de Centros Poblados** como *“(...) órganos del gobierno local, encargados de la administración y ejecución de las funciones y los servicios públicos locales que les son delegados y se rigen por las disposiciones de la presente ley. Son creadas por ordenanza de la municipalidad provincial, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de regidores. (...)”* (El énfasis es agregado).

Por su parte, el artículo 133 de la Ley N° 31079, establece que las municipalidades

⁴ Adicionalmente, el numeral 3.2 del referido artículo 3 señala que el mismo tratamiento de Entidad se le otorga a las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados.

⁵ Publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de noviembre de 2020.

provinciales y distritales -según corresponda- entregan a las municipalidades de centros poblados de su jurisdicción en proporción a su población y los servicios públicos delegados, un porcentaje de sus recursos propios y los transferidos por el gobierno nacional, para el cumplimiento de la prestación de los servicios públicos delegados.

- 2.1.5. En tal medida, y conforme lo establece la Opinión N° 106-2021/DTN emitida por esta Dirección “(...) para definir si una determinada organización de la administración pública califica como Entidad y puede realizar por sí misma procesos de contratación pública bajo los alcances de los artículos 3 de la Ley y 3 del Reglamento, deberá verificarse si aquella cuenta con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas; de lo contrario, si no contara con dichas atribuciones y en consecuencia no calificara como Entidad bajo los términos de la normativa de contrataciones del Estado, no podría realizar procesos de contratación pública por sí misma, en cuyo caso no estaría obligada a aplicar los dispositivos de la normativa en mención en lo relacionado con la gestión autónoma de contrataciones.”

Como se puede apreciar, la Opinión N° 106-2021/DTN ha establecido que, cuando se verifique que una determinada organización de la administración pública *-tal como una municipalidad de un centro poblado-* no ostente la autonomía ni la capacidad requeridas para gestionar por sí misma los procesos de contratación, esta no será calificada como “Entidad” bajo los términos de la normativa de contrataciones del Estado y por tanto, no se encontraría sujeta a las disposiciones de dicha normativa en calidad de “Entidad”. Téngase presente que, la verificación de si cierta Entidad califica o no como tal, corresponde ser realizada por el municipio.

- 2.1.6. En otro orden de ideas, cabe indicar que las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, son aquellas que tiene por objeto que una Entidad se abastezca de bienes, servicios u obras en el marco de una relación jurídica patrimonial no subordinada, no así aquellas relaciones contractuales de trabajo —*incluso aquellas en que una de las partes es el Estado*— que encuentran su base en artículos distintos al 76 de la Constitución Política del Perú.

Dicho esto, cabe indicar que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, cumpliendo con los requisitos previstos en ella, 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, siempre que no se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

- 2.1.7. En tal sentido, los impedimentos previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley son aplicables a las contrataciones para el abastecimiento de bienes, servicios y obras en el marco de una relación jurídica patrimonial no subordinada no así aquellas relaciones contractuales de trabajo, como por ejemplo, la contratación de personal subordinado; contratación que se rige por la ley de la materia.

- 2.1.8. Sin perjuicio de lo anterior, y en atención a lo señalado en su informe legal —en relación a las contrataciones cuya cuantía es igual o inferior a 8 UIT—, cabe precisar que, los artículos 4 y 5 de la Ley establecen supuestos que, por mandato expreso de la Ley, se encuentran **excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.**

Así, entre los mencionados supuestos excluidos se encuentra el establecido en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley que dispone que **se encuentran fuera 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”.** (El énfasis es agregado).

No obstante lo señalado, cabe precisar que por disposición expresa del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, **los impedimentos para contratar con el Estado son aplicables incluso a las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley.**

- 3.1. En tal medida, por disposición expresa del numeral 11.1 del artículo 11 de Ley, los impedimentos para contratar con el Estado le resultan aplicables a las contrataciones para el **abastecimiento** de bienes, servicios y obras cuya cuantía sea igual o inferior a 8 UIT, previstas en literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.

3. CONCLUSIONES

- 3.2. La sujeción de determinadas contrataciones a las disposiciones de la Ley y su Reglamento resultará obligatoria cuando quien pretende satisfacer sus necesidades de bienes, servicios u obras tiene la calidad de “Entidad”, en los términos referidos en el artículo 3 de la Ley y si además, para tal efecto, debe asumir el pago con cargo a fondos públicos; condiciones que deben presentarse de forma concurrente.
- 3.3. La Opinión N° 106-2021/DTN ha establecido que, cuando se verifique que una determinada organización de la administración pública *-tal como una municipalidad de un centro poblado-* no ostente la autonomía ni la capacidad requeridas para gestionar por sí misma los procesos de contratación, esta no será calificada como “Entidad” bajo los términos de la normativa de contrataciones del Estado y por tanto, no se encontraría sujeta a las disposiciones de dicha normativa en calidad de “Entidad”. Téngase presente que, la verificación de si cierta Entidad califica o no como tal, corresponde ser realizada por el municipio.
- 3.4. Los impedimentos previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley son aplicables a las contrataciones para el abastecimiento de bienes, servicios y obras en el marco de una relación jurídica patrimonial no subordinada no así aquellas relaciones contractuales de trabajo, como por ejemplo, la contratación de personal subordinado; contratación que se rige por la ley de la materia.

- 3.5. Por disposición expresa del numeral 11.1 del artículo 11 de Ley, los impedimentos para contratar con el Estado le resultan aplicables a las contrataciones para el abastecimiento de bienes, servicios y obras cuya cuantía sea igual o inferior a 8 UIT, previstas en literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.

Jesús María, 21 de marzo de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

PMR/cajs.