

OPINIÓN N° 145-2019/DTN

Solicitante: Municipalidad Provincial de Cajabamba

Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista en contrataciones del Estado

Referencia: Carta S/N recibida el 12.JUL.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Econ. Franjho Jhamir Ávila Iparraguirre, Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Cajabamba, formula una consulta acerca del alcance sobre los impedimentos contemplados en el numeral 11.1, del artículo 11 de la Ley de Contrataciones 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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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 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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

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

- 2.1. ***"¿Sí, un ex funcionario público (cargo de confianza) que ha laborado tres (03) meses, puede ser contratado por locación de servicios?; teniendo en cuenta el numeral 11.1., del artículo 11 del Texto único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N°082-2009-EF" (Sic.)***

- 2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que la competencia de esta Dirección Técnico Normativa respecto de la absolución de consultas, se circunscribe a aquellas planteadas en términos genéricos referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado; en tal medida, no puede emitir opinión respecto de la posibilidad de que una entidad y una persona natural o jurídica celebren un contrato con características determinadas como, por ejemplo, un contrato de locación de servicios.

Dicho lo anterior, corresponde anotar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú¹, cuando las entidades públicas² requieran llevar a cabo contrataciones de bienes, **servicios**³ u obras para asegurar el cumplimiento de sus funciones, deben observar las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado; siempre que el pago de las referidas contrataciones sea asumido con fondos públicos⁴.

Hecha esta aclaración, 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 11 de la Ley.**

- 2.1.2. Ahora bien, dentro de los impedimentos establecidos por la Ley, se puede advertir aquel que se aplica a las personas que, de conformidad con lo establecido en la ley especial de la materia, ostentan la calidad de funcionarios públicos y empleados de confianza. Así, se puede apreciar que el literal e), del numeral 11.1., del artículo 11 ha señalado que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y subcontratistas:

*“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*

¹ “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).

² El numeral 3.1 del artículo 3 establece un listado de los tipos de órganos u organismos de la Administración Pública que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado, denominándolos “Entidades”.

³ El Reglamento desarrolla en su Anexo N° 1 de Definiciones el concepto de “servicio”, entendiéndose aquel como: “Actividad o labor que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines. Los servicios pueden clasificarse en servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra”

⁴ De conformidad con el artículo 4° del Decreto Legislativo N°1436 “Decreto Legislativo Marco de la Administración Financiera del Sector Público” son Fondos Públicos “aquellos flujos financieros que constituyen derechos de Administración Financiera del Sector Público, cuya administración se encuentra a cargo del Sector Público, de acuerdo al ordenamiento legal aplicable”. Por su parte, el mismo dispositivo señala que “el conjunto de derechos de Administración Financiera del Sector Público” son aquellos considerados como recursos públicos.

empresas del Estado. El impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de culminado el mismo hasta (12) meses después solo en la entidad en la que pertenecieron (...)” (El resaltado es agregado)

En virtud del dispositivo citado, y en respuesta a la consulta formulada, corresponde mencionar que aquellas personas que, según la ley especial de la materia, ostenten la calidad de **funcionarios públicos o empleados de confianza, estarán impedidas de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas en todo proceso de contratación pública que se realice dentro del territorio nacional, mientras dure el ejercicio del cargo.** Una vez culminado este, y **hasta doce (12) meses después,** el impedimento será aplicable únicamente a la entidad a la que pertenecen.

Cabe precisar que, según lo dispuesto por el mencionado numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley, los impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista (incluido aquel contemplado en el literal e)) son aplicables incluso a aquellas contrataciones cuyo valor sea menor o igual 8 UITs.

Por último, es preciso anotar que la normativa de contrataciones del Estado no exige que el funcionario o empleado de confianza hubiese permanecido en el cargo durante un periodo determinado para que se configure el impedimento contemplado en el literal e), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley; a partir de ello, se puede inferir que basta que una persona haya adquirido la condición de funcionario o empleado de confianza, de acuerdo a lo establecido por la Ley de la materia, para que se configure el aludido impedimento

3. CONCLUSIONES

De acuerdo con el literal e), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, quienes según la ley especial de la materia ostenten la calidad de funcionarios públicos o empleados de confianza estarán impedidos de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas en todo proceso de contratación pública que se realice dentro del territorio nacional, mientras dure el ejercicio del cargo. Una vez culminado este y hasta doce (12) meses después, el impedimento solo será aplicable a la entidad a la que pertenecen.

Jesús María, 22 de agosto de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC