

OPINIÓN N° 200-2019/DTN

Entidad: Instituto Nacional de Investigación y Capacitación de Telecomunicaciones – (INICTEL-UNI)

Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista.

Referencia: a) Carta N° 101-2019-INICTEL-UNI-OAD1
b) Carta N° 113-2019-INICTEL-UNI-OAD1

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el jefe de la Oficina de Administración del Instituto Nacional de Investigación y Capacitación de Telecomunicaciones - (INICTEL-UNI) formula consultas respecto a los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista previstos en la normativa 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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo 2 del 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. “¿Puede el Titular de la Entidad realizar el servicio de docencia (dictado de cursos o programas de especialización) en la propia Entidad en la cual ejerce su función?”

2.1.1 En primer lugar, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones

del Estado¹; en esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse respecto a cuándo una determinada persona se encuentra impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, pues ello excede la habilitación establecida en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de ello, a continuación se analizará de forma genérica los alcances de los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista señalados en los literales e) y f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, respecto de los contratos que se celebran en el marco del artículo 76 de la Constitución Política del Perú.

- 2.1.2 La normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, 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.

En relación con lo anterior, cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal –Libertad de Concurrencia², Competencia³, Publicidad⁴, Transparencia⁵, Igualdad de Trato⁶, entre otros– así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

Asimismo, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades solo pueden ser establecidos mediante ley. Así, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos⁷, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al

-
- ¹ La normativa de contrataciones del Estado se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las demás normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.
- ² “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. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.” Literal a) del artículo 2 de la Ley.
- ³ “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.” Literal e) del artículo 2 de la Ley.
- ⁴ “El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.” Literal d) del artículo 2 de la Ley.
- ⁵ “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. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.” Literal c) del artículo 2 de la Ley.
- ⁶ “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. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.” Literal b) del artículo 2 de la Ley.
- ⁷ 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

restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.

- 2.1.3 Ahora bien, entre los impedimentos establecidos, se encuentra el previsto 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 “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”. (El subrayado y resaltado es agregado).

En tal sentido, el titular de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo durante el ejercicio del cargo, se encuentran impedidos de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en cualquier contratación pública que se realice dentro del territorio nacional; mientras que, desde el momento en el que dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, el impedimento se aplicará únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formó parte.

- 2.1.4 Por su parte, se advierte que la consulta planteada busca determinar cómo se relaciona la labor docente con el impedimento antes referido.

Al respecto⁸, el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú señala que “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.”⁹ (El subrayado es agregado).

La Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en su artículo 38 desarrolla la prohibición de doble percepción disponiendo que “Los servidores del Servicio Civil no pueden percibir del Estado más de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de dichos ingresos con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, salvo excepción establecida por ley. //Las únicas excepciones las constituyen la percepción de ingresos por función docente efectiva y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas estatales o en Tribunales Administrativos o en otros órganos colegiados. //

derechos no se aplica por analogía”.

⁸ De conformidad con lo establecido en la Opinión N° 108-2018/DTN.

⁹ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(…)Esta disposición constitucional prohíbe la acumulación de empleos y cargos públicos remunerados y tiene sustento doctrinal en la necesidad de maximizar el acceso a los cargos públicos, derivado del derecho de todo ciudadano de participar en los asuntos públicos (artículo 2, inciso 17 de la Constitución); y en el deber de dedicación exclusiva al cargo exigencia que justifica en la necesidad de que las labores asignadas se cumplan adecuadamente.” Fundamento 5 de la Sentencia emitida sobre el Exp. N° 03480-2007-PA/TC.

Queda prohibida la percepción de ingresos por dedicación de tiempo completo en más de una entidad pública a la vez". (El resaltado es agregado).

Conforme a ello, la Ley del Servicio Civil desarrolla en un nivel específico el alcance del artículo 40 de la Constitución Política precisando que ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso, salvo las que provengan de la función docente y la percepción de dietas por participación en un directorio de Entidad o Empresa pública u otro órgano colegiado.

- 2.1.5 En esa línea, el artículo 51 de la Constitución Política del Perú establece la supremacía constitucional señalando que *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”*. (El resaltado es agregado).

Por su parte, si bien ni la Ley ni el Reglamento han previsto una excepción a los supuestos de impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en mérito a la disposición constitucional citada en el párrafo precedente, que establece la primacía dogmática de la Constitución, las normas inferiores no pueden contradecir las normas superiores.

En ese sentido, la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política, referida a la prohibición de doble percepción de ingresos del Estado (salvo la excepción referida a la función docente), resulta aplicable a todo tipo de contratación, incluso a las desarrolladas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

De lo antes expuesto, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, durante el ejercicio del cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en cualquier proceso de contratación que se realice dentro del territorio nacional; mientras que, desde el momento en el que dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, el impedimento se aplicará únicamente en las contrataciones de la Entidad de la formaron parte. Sin perjuicio de la legislación especial que resulte aplicable y de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.

- 2.2. ***“¿Puede un servidor público con poder de dirección o decisión realizar el servicio de docencia (dictado de cursos o programas de especialización) en la propia Entidad en la cual ejerce función administrativa o de investigación?”***

Como se indicó al absolver la consulta anterior, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, los servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, durante el ejercicio del cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en cualquier proceso de contratación que se realice dentro del territorio nacional; mientras que, desde el momento en el que dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, el impedimento se aplicará únicamente en las contrataciones de la Entidad de la formaron parte. Sin perjuicio de la legislación especial que resulte aplicable y de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.

- 2.3. ***“¿Puede un servidor público, siempre que por la función que desempeña haya tenido o tenga influencia, poder de decisión, información privilegiada o conflicto de intereses realizar el servicio de docencia (dictado de cursos o programas de***

especialización) en la Entidad en la cual ejerce función administrativa o de investigación?”

En relación a esta consulta, 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.”*. (El subrayado y resaltado es agregado).

En tal sentido, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, de conformidad con la ley especial de la materia, mientras se mantengan en el cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en las contrataciones de la Entidad de la que forman parte; mientras que, desde el momento en el que dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, el impedimento se aplicará únicamente a los servidores públicos que por la función desempeñada hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses, en las contrataciones de la Entidad de la formaron parte.

En otras palabras, respecto de los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, de conformidad con la ley especial de la materia, el impedimento aplica durante el ejercicio del cargo únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formaron parte, mientras que luego de haber dejado el cargo dichos servidores públicos no tendrían impedimento alguno, siempre que no hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada o conflicto de intereses.

De conformidad con lo señalado para absolver la consulta 2.1, la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política, referida a la prohibición de doble percepción de ingresos del Estado (salvo la excepción referida a la función docente), resulta aplicable a todo tipo de contratación, incluso a las desarrolladas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado; motivo por el cual, en cada caso, debe tenerse en cuenta la legislación especial que resulte aplicable y lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.

2.4. “¿Puede un servidor público, que por la función que desempeña no haya tenido o no tenga influencia, poder de decisión, información privilegiada o conflicto de intereses realizar el servicio de docencia (dictado de cursos o programas de especialización) en la Entidad en la cual ejerce función administrativa o de investigación?”

Como se indicó al absolver la consulta anterior, los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, de conformidad con la ley especial de la materia, mientras se mantengan en el cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en las contrataciones de la Entidad de la que forman parte; mientras que, desde el momento en el que dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, el impedimento se aplicará a los servidores públicos que por la función desempeñada hayan tenido influencia, poder de decisión, información

privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses¹⁰, únicamente en las contrataciones de la Entidad de la formaron parte. Sin perjuicio de la legislación especial que resulte aplicable y de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de la normativa de contrataciones 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, durante el ejercicio del cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en cualquier proceso de contratación que se realice dentro del territorio nacional; mientras que, desde el momento en el que dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, el impedimento se aplicará únicamente en las contrataciones de la Entidad de la formaron parte. Sin perjuicio de la legislación especial que resulte aplicable y de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.
- 3.2. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, de conformidad con la ley especial de la materia, mientras se mantengan en el cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en las contrataciones de la Entidad de la que forman parte; mientras que, desde el momento en el que dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, el impedimento se aplicará a los servidores públicos que por la función desempeñada hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses, únicamente en las contrataciones de la Entidad de la formaron parte. Sin perjuicio de la legislación especial que resulte aplicable y de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.

Jesús María, 18 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMC/.

¹⁰ Cabe precisar que la normativa no ha previsto dichas condiciones para la configuración del impedimento cuando los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, de conformidad con la ley especial de la materia, se mantengan en ejercicio de su cargo.