

OPINIÓN N° 002-2024/DTN

Solicitante: Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann

Asunto: Impedimentos

Referencia: Formulario S/N de fecha 11.DIC.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Unidad de Abastecimiento de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, señor Rene Oswaldo Flores Perca, formula varias consultas relacionadas a los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado, establecidos en 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 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, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿Los ex funcionarios públicos de confianza contratados bajo la modalidad del régimen laboral del D.L. N° 276, tienen algún impedimento para ser contratados mediante la modalidad de locación de servicios, servicios no personales o terceros?” (Sic).*

- 2.1.1. De manera preliminar, debe precisarse que, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a situaciones particulares**. En tal sentido, el OSCE no puede emitir pronunciamiento sobre aspectos que son ajenos a la normativa de contrataciones del Estado —como aquellos que son parte del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos— ni determinar, en vía de opinión, si una persona se encuentra inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en la Ley.
- 2.1.2. Aclarado lo anterior, en principio, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona que cumpla con los requisitos que prevé pueda ser participante, postora, contratista y/o subcontratista en el marco de los procesos de contratación que las Entidades Públicas llevan a cabo para abastecerse de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre inmersa (la persona) en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

Así, entre los impedimentos previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se encuentra el establecido en el literal e), por el que se encuentran impedidos de registrarse como participantes en los procedimientos de selección convocados por las Entidades Públicas, formular ofertas en el marco de dichos procedimientos, suscribir contratos o subcontratar con el 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 (...)*”, precisando que “*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*”.

Como puede advertirse, los funcionarios públicos, empleados de confianza y los servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado en todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo y, luego de haber culminado el cargo, hasta doce (12) meses después solo en la Entidad a la que pertenecieron. En relación con el referido impedimento, debe indicarse que la Ley no realiza precisión alguna respecto del régimen laboral bajo el que la persona (materia de análisis) ejerce su cargo; el impedimento **se configura y se aplica automáticamente**¹ —según lo establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley— por el hecho de que se trate de un funcionario público, empleado de confianza o servicios público con poder de dirección o decisión —según la ley especial de la materia—, y hasta doce (12) meses después de que haya concluido su cargo.

- 2.1.3. Por otro lado, corresponde indicar que el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley establece que las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias², vigentes al momento de la transacción, no se

¹ Los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley, son catalogados como **normas autoaplicativas**.

Las normas autoaplicativas son aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada; los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley cumplen con dicha condición, en ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 11, 12 y 13 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC.

² Con excepción de las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de

encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, por lo que pueden realizarse sin aplicar las disposiciones contenidas en la mencionada normativa³.

No obstante, en relación con las referidas contrataciones, debe precisarse que según lo establecido en el primer párrafo del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los impedimentos establecidos en dicho artículo se aplican “**Cualquiera sea el régimen de contratación aplicable (...) incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la (...) Ley**”. (El resaltado y subrayado son agregados).

Por lo tanto, los ex funcionarios públicos, ex empleados de confianza y ex servidores públicos con poder de dirección o decisión —según la ley especial de la materia— hasta doce (12) meses después de haber culminado su cargo, se encuentran impedidos de intervenir en todo proceso de contratación de la Entidad a la que pertenecieron, incluso en el marco de aquellas contrataciones cuyo monto es igual o inferior a ocho (8) UIT, a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.

2.2. “Siendo que en la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, el cargo de jefe de la oficina de asesoría jurídica constituye un cargo de confianza, ¿aplicaría para tal caso el impedimento consagrado en el literal e), numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la ley de contrataciones del Estado, entendiéndose que dicha prohibición alcanza a los empleados de confianza, con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia?” (Sic.).

2.2.1. Como se señaló anteriormente, el OSCE no puede emitir pronunciamiento sobre aspectos o casos concretos.

2.2.2. Sin perjuicio de ello, como se señaló al absolver la consulta anterior, el impedimento establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se aplica automáticamente, en todo proceso de contratación, a todo funcionario público, empleado de confianza y servidor público con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia.

2.3. “Los docentes universitarios contratados bajo la modalidad del régimen laboral de la Ley N° 30220 –Ley Universitaria, tienen algún impedimento para ser contratados mediante la modalidad de locación de servicios, servicios no personales o terceros y brindar dichos servicios de forma paralela?” (Sic.).

2.3.1. Como se indicó al absolver la primera consulta, el OSCE no puede emitir pronunciamiento sobre aspectos ajenos a la normativa de contrataciones del Estado. En esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede emitir pronunciamiento sobre las disposiciones contenidas en la Ley N° 30220 “Ley Universitaria” y, en consecuencia, sobre el régimen laboral de los docentes universitarios establecido en dicha norma legal.

Acuerdo Marco.

³ Situación que no enerva la obligación de las Entidades de observar el cumplimiento de los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario, que deben regir a toda contratación pública, según lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 19 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

2.3.2. Sin perjuicio de ello, como se ha señalado antes, la configuración del impedimento establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se aplica automáticamente, en todo proceso de contratación, a toda persona que tenga la condición de funcionario público, empleado de confianza y servidor público con poder de dirección o decisión según la ley especial de la materia.

Aunado a ello, es pertinente indicar que, el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que *“Los servidores públicos no comprendidos en el literal anterior”* están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas *“(…) 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”*.

2.3.3. Por lo expuesto, se advierte que, independientemente del régimen laboral, aquellas personas que tengan la condición de funcionario, empleado de confianza y servidor público con poder de dirección o decisión según la ley especial de la materia, están impedidos de contratar en todo proceso de contratación, por otro lado, aquellas personas que tengan la condición de servidores públicos sin poder de dirección o decisión, se encuentran impedidas de intervenir en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen.

2.4. ***“Los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, contratados bajo las modalidades del régimen laboral del D.L. N° 276, CAS y 728, tienen algún impedimento para ser contratados mediante la modalidad de locación de servicios para brindar servicios de docencia universitaria?”*** (Sic.).

2.4.1. Como se señaló anteriormente, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, independientemente de su régimen laboral, se encuentran impedidas de contratar con el Estado —en todo proceso de contratación—, incluso en el marco de aquellas contrataciones cuyo monto es igual o inferior a ocho (8) UIT, a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.

2.4.2. No obstante lo señalado, hay una excepción en el caso de la contratación para el servicio docente, de conformidad con el Acuerdo de Sala Plena N° 003-2021/TCE del Tribunal de Contrataciones del Estado los impedimentos para contratar con el Estado aplicables a los funcionarios o servidores públicos mencionados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando ésta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios.

2.5. ***“¿A qué se refiere el impedimento consagrado en el literal e), numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la ley de contrataciones del Estado, cuando hace la precisión de “poder de dirección o decisión según la ley especial de la materia”?”*** (Sic.).

2.5.1. En relación con la consulta planteada, es importante aclarar que la normativa de contrataciones del Estado —refiriéndonos a la Ley y su Reglamento— no contemplan la definición de los conceptos de “poder de dirección o “poder de decisión” que deben

verificarse para la configuración del impedimento que es materia de análisis.

Sin perjuicio de ello, para comprender el sentido y alcance del impedimento previsto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, es pertinente verificar la definición de los conceptos antes mencionados de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Así, el Diccionario contempla las siguientes acepciones:

- “*Poder*”: “*Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo*”⁴.
- “*Dirección*”: “*Cargo de director*”⁵.
- “*Decisión*”: “*Determinación, resolución que se toma o se da en una cosa dudosa*”⁶.

Como es de verse, el “*poder*” es la situación de hecho que te faculta a hacer algo, así, tener “*poder de dirección*” es contar con las facultades que ostenta un cargo de director en la Administración Pública, por otro lado, el “*poder de decisión*” obedece a la facultad o atribución que posee alguien para decidir o resolver sobre ciertos asuntos o determinar sobre ciertos resultados.

De esta manera, en el marco de los impedimentos que regula la normativa de contrataciones del Estado, el “*poder de decisión*” y el “*poder de dirección*” suponen una situación de ventaja para quien, por el cargo o función que desempeña en una Entidad, puede influenciar o persuadir a ciertas personas, ordenar el cumplimiento de determinadas medidas, o contar con información de la cual otros no disponen.

Teniendo en consideración los alcances previamente desarrollados, no debe perderse de vista que la normativa de contrataciones del Estado no regula aspectos relacionados a la gestión de recursos humanos y, en ese sentido, no regula funciones, atribuciones, derechos ni obligaciones de los cargos desempeñados por el personal de la Administración Pública; por ese motivo, para verificar los elementos de “*poder de dirección*” o “*poder de decisión*” que ostenta un cargo de la Administración Pública, será necesario someterlos a un análisis bajo las normas especiales de la materia (normas que regulan la gestión de recursos humanos).

2.5.2. En consecuencia, para determinar si un servidor público tiene poder de dirección o decisión y, por ende, se encuentra inmerso en el impedimento establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, será necesario realizar un análisis de los elementos del cargo que ostenta la persona que está siendo evaluada, bajo lo dispuesto en la norma especial de la materia.

2.6. “¿A qué se refiere el impedimento consagrado en el literal e), numeral 11.1 del

⁴ Acepción del Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Actualizado al 2023. Disponible en: <https://dle.rae.es/poder?m=form>

⁵ Acepción del Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Actualizado al 2023. Disponible en: <https://dle.rae.es/direcci%C3%B3n?m=form>

⁶ Acepción del Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Actualizado al 2023. Disponible en: <https://dle.rae.es/decisi%C3%B3n>

artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando hace la precisión que, “el impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo”, esta prohibición a qué ámbito alcanza, local, regional o nacional?” (Sic).

- 2.6.1. Sobre el particular, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas Opiniones⁷ que cuando los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley indican que se aplican a “todo proceso de contratación” está determinando que las personas inmersas en el supuesto se encuentran impedidas de participar en todo proceso de contratación pública que se efectúe dentro del territorio nacional.
- 2.6.2. De esta forma, cuando el impedimento establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que el impedimento se aplica para “todo proceso de contratación”, está haciendo referencia a que, durante el ejercicio del cargo, los titulares de instituciones 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, se encuentran impedidos de intervenir en todo proceso de contratación pública que se efectúe dentro del territorio nacional.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Los ex funcionarios públicos, ex empleados de confianza y ex servidores públicos con poder de dirección o decisión —según la ley especial de la materia— hasta doce (12) meses después de haber culminado su cargo, se encuentran impedidos de intervenir en todo proceso de contratación de la Entidad a la que pertenecieron, incluso en el marco de aquellas contrataciones cuyo monto es igual o inferior a ocho (8) UIT, a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.
- 3.2. El impedimento establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se aplica automáticamente, en todo proceso de contratación, a todo funcionario público, empleado de confianza y servidor público con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia.
- 3.3. Independientemente del régimen laboral, aquellas personas que tengan la condición de funcionario, empleado de confianza y servidor público con poder de dirección o decisión según la ley especial de la materia, están impedidos de contratar en todo proceso de contratación, por otro lado, aquellas personas que tengan la condición de servidores públicos sin poder de dirección o decisión, se encuentran impedidas de intervenir en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen.
- 3.4. De conformidad con el Acuerdo de Sala Plena N° 003-2021/TCE del Tribunal de Contrataciones del Estado los impedimentos para contratar con el Estado aplicables a los funcionarios o servidores públicos mencionados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando ésta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios.
- 3.5. Para determinar si un servidor público tiene poder de dirección o decisión y, por ende, se encuentra inmerso en el impedimento establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, será necesario realizar un análisis de los elementos del cargo

⁷ A mayor abundamiento sobre ello, se recomienda dar lectura a la Opinión N° 035-2019/DTN.

que ostenta la persona que está siendo evaluada, bajo lo dispuesto en la norma especial de la materia.

- 3.6. Cuando el impedimento establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que el impedimento se aplica para “todo proceso de contratación”, está haciendo referencia a que, durante el ejercicio del cargo, los titulares de instituciones 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, se encuentran impedidos de intervenir en todo proceso de contratación pública que se efectúe dentro del territorio nacional.

Jesús María, 11 de enero de 2024

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS