

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

Tribunal de Contrataciones del Estado

En Sesión de Sala Plena N° 04-2021/TCE de fecha 19 de marzo de 2021, los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado adoptaron, por mayoría, el siguiente acuerdo:

ACUERDO N° 003-2021/TCE

19.03.2021

ACUERDO DE SALA PLENA QUE MODIFICA EL CRITERIO INTERPRETATIVO PLASMADO EN EL ACUERDO DE SALA PLENA N° 08-2020/TCE RELACIONADO CON EL ALCANCE DE LOS IMPEDIMENTOS ESTABLECIDOS EN LOS LITERALES a), b), c), d) y e) DEL NUMERAL 11.1 DEL ARTÍCULO 11 DEL TULO DE LA LEY N° 30225, PARA EL EJERCICIO DE LA DOCENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. En la Sesión N° 08-2020/TCE del 28 de agosto de 2020, los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal) aprobaron, por mayoría, el Acuerdo de Sala Plena N° 08-2020/TCE, a través del cual se interpreta el alcance de impedimentos establecidos en diversos literales del numeral 11.1 del artículo 11 del TULO de la Ley N° 30225 para el ejercicio la docencia, en los siguientes términos:

“1. Para la configuración de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TULO de la LCE, consistente en Contratar con el Estado estando impedido, las situaciones establecidas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE comprenden la contratación de todo tipo de objeto contractual, incluida la docencia, realizada bajo el ámbito de aplicación del régimen general que regula la Ley de Contrataciones del Estado, incluyendo las contrataciones a que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la misma.

2. Cuando, por norma especial, el ejercicio de la docencia u otra actividad, adicional a su cargo, sea permitido a las personas (naturales) comprendidas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE, el perfeccionamiento de un contrato de naturaleza laboral o de un contrato administrativo de servicios, para dicho efecto, no configura la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de dicha Ley, consistente en Contratar con el Estado estando impedido.

3. Las conductas infractoras debidamente tipificadas en el marco de un régimen especial de contratación que regule el aprovisionamiento de bienes, servicios y obras para el Estado, podrán ser sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado, siempre que exista norma especial con rango de ley que establezca expresamente tal competencia.

(...)”.

2. El acuerdo fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 16 de octubre de 2020, siendo aplicables sus disposiciones desde el día siguiente, esto es desde el 17 del mismo mes y año.

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

3. No obstante ello, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo VI del Título preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), a la fecha, la mayoría de los Vocales del Tribunal en funciones considera que corresponde modificar el criterio interpretativo contenido en el Acuerdo de Sala Plena N° 08-2020/TCE.

II. ANÁLISIS

1. Según lo establecido en la Constitución Política del Perú y lo desarrollado en el ordenamiento jurídico vigente, para ciertos funcionarios y servidores públicos, no resulta incompatible el ejercicio de las labores ordinarias que el cargo o servicio les exige y la función docente.

Así, para el caso de los *Congresistas de la República*, tanto la Constitución, en su artículo 92, como el Reglamento del Congreso, establecen la exclusividad de la función y su incompatibilidad con el ejercicio de otra función pública, **salvo la de Ministro**; razón por la cual, no podrían ejercer la docencia.

En cuanto a los *Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República y los jueces de las Cortes Superiores*, debe valorarse que la Constitución establece en su artículo 146, que la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada, **con excepción de la docencia universitaria** fuera del horario de trabajo. De manera complementaria, la Ley N° 29277 - Ley de la Carrera Judicial, establece en el numeral 13 de su artículo 34, como uno de los deberes de los jueces, dedicarse exclusivamente a la función jurisdiccional, **con excepción del ejercicio de la docencia universitaria**, a tiempo parcial, hasta por ocho (8) horas semanales de dictado de clases y en horas distintas de las que corresponden al despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, pueden realizar labores de investigación e intervenir, a título personal, en congresos y conferencias.

Respecto a los *Ministros*, el artículo 126 de la Constitución establece que los Ministros no pueden ejercer otra función pública, **excepto la legislativa**.

En el rango de los titulares de los Órganos Constitucionales Autónomos, la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, prevé en su artículo 26 que el *Contralor General de la República* está prohibido de ejercer actividad lucrativa e intervenir, directa o indirectamente en la dirección y/o gestión de cualquier actividad pública o privada, **excepto las de carácter docente**.

Asimismo, el artículo 21 de la Ley Orgánica del *Ministerio Público* **exceptúa la docencia universitaria** de la prohibición de ejercer función pública adicional a la de fiscal.

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003~2021/TCE

En igual sentido, el artículo 6 de la Ley N° 26520 – Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, señala que la condición del *Defensor del Pueblo* es incompatible con todo mandato representativo, cargo político, filiación política o sindical, asociación o fundación, con la carrera judicial o con el ejercicio de cualquier profesión u oficio, **a excepción de la docencia universitaria.**

En la misma línea, el artículo 13 de la Ley N° 28301 - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, señala que la función de *Magistrado del Tribunal* es a dedicación exclusiva. Le está prohibido desempeñar cualquier otro cargo público o privado y ejercer cualquier profesión u oficio, **a excepción de la docencia universitaria,** siempre que no afecte el normal funcionamiento del Tribunal.

En términos similares, el artículo 12 de la Ley N° 30916 – Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, prevé que la función de *miembro de la Junta Nacional de Justicia* es a tiempo completo. Está prohibido desempeñar cualquier otro cargo público o privado o ejercer cualquier profesión u oficio, **a excepción de la docencia universitaria** a tiempo parcial, y siempre que no afecte el normal funcionamiento de la Junta Nacional de Justicia.

En el ámbito del sistema nacional electoral, el artículo 15 de la Ley N° 26486 – Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, dispone que el ejercicio del cargo de *miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones* es incompatible con cualquier otra función pública, **excepto la docencia** a tiempo parcial. Asimismo, el artículo 10 de la Ley N° 26487 – Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, señala que el ejercicio del cargo de *jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales* es incompatible con cualquier otra función pública, **excepto la docencia a tiempo parcial.** De igual modo, el artículo 10 de la Ley N° 26497 – Ley Orgánica del *Registro Nacional de Identificación y Estado Civil*, señala que el desempeño del cargo de Jefe de dicho órgano constitucional autónomo es incompatible con cualquiera otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial.

Para el caso del *Presidente del Banco Central de Reserva*, el artículo 32 de su Ley Orgánica establece que el Presidente debe **dedicación exclusiva** a sus funciones, las que son **incompatibles con todo otro cargo, empleo o servicio.**

Para el caso del *titular de la Superintendencia de Banca Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones*, el artículo 363 de la Ley N° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, dispone que le está vedado el ejercicio de toda actividad económica remunerada, **con excepción de la docencia.**

Con respecto a las *autoridades regionales*, el artículo 20 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, establece que el Presidente Regional desempeña su cargo a dedicación exclusiva, **con la sola excepción de la función docente.**

Para el caso de las *demás autoridades y servidores públicos* señalados en los literales a) al e) del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225, es aplicable lo establecido en el artículo 40 de la Constitución, según el cual ningún funcionario o servidor público

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, **con excepción de uno más por función docente.**

De manera concordante con ello, es aplicable lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público, en virtud del cual ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso; determinando que es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado, siendo **la función docente** y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas, las únicas excepciones.

2. Ahora bien, la relación que se genera entre el funcionario o servidor público que ejerce la docencia y la Entidad que realiza función educativa, puede formalizarse a través de un contrato laboral. Sin embargo, el ordenamiento jurídico vigente también admite, en ciertos casos, que ambas partes puedan celebrar otro tipo de contratos (como, por ejemplo, el de locación de servicios), para la prestación de servicios educativos.
3. Por tanto, es posible concluir que la labor docente, para ser calificada como tal, no siempre requiere, necesariamente, la celebración de un contrato laboral entre el docente (funcionario o servidor público) y la Entidad que realiza función educativa, pues otros contratos también materializan el cumplimiento de dicha labor.

Así, a modo de ejemplo, podemos citar lo establecido en el artículo 80 de la Ley 30220, Ley Universitaria, que clasifica a los docentes en: a) Ordinarios: principales, asociados y auxiliares; b) Extraordinarios: eméritos, honorarios y similares dignidades que señale cada universidad; c) contratados: que prestan servicios a plazo determinado en los niveles y condiciones que fija el respectivo contrato.

4. En este contexto, la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) regula los contratos de bienes, servicios y obras que las Entidades públicas realizan para el cumplimiento de sus funciones. Dentro del listado de entidades públicas que deben aplicar la Ley, encontramos, entre otras, a Entidades que realizan función educativa.
5. Por otro lado, la LCE establece, en su artículo 11, restricciones o impedimentos para contratar con el Estado aplicables, entre otros, a funcionarios y servidores públicos.

Estos impedimentos, de modo general, persiguen evitar situaciones de privilegios, ventajas y direccionamientos indebidos a ciertos proveedores, así como conflictos de intereses que puedan producirse en autoridades que, a su vez, puedan tener la condición de proveedores del Estado.

6. Ahora bien, las diferencias de opinión que justifican la emisión del presente Acuerdo, se generan porque en ciertos contratos confluyen tres elementos:
 - ✓ El contratante es una Entidad que realiza función educativa.
 - ✓ El contrato tiene por objeto el ejercicio de la labor docente.

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

- ✓ El docente contratado es un funcionario o servidor público con habilitación constitucional y legal para realizar dicha labor.
- 7. Ahora bien, es claro que la Constitución y el ordenamiento legal vigente, establecen la posibilidad de ejercer labor docente a ciertos funcionarios y servidores públicos, con independencia del régimen contractual (laboral o locación de servicios) que se haya generado entre la Entidad que realiza función educativa y el docente.
- 8. La justificación que es propia de los impedimentos regulados en la LCE, en el sentido que su objeto es evitar situaciones de injerencia o ventaja de los funcionarios o servidores públicos en las contrataciones del estado, que puedan distorsionar la competencia, no encuentra respaldo cuando se trata del ejercicio de labor docente, cuya habilitación constitucional responde a otro orden de consideraciones: la inconveniencia para el Estado de desaprovechar las capacidades públicas y privar de buenos docentes al sistema educativo por el sólo hecho de que se ocupe alguna otra función pública¹.
- 9. Asimismo, entender que los impedimentos para contratar con el Estado también deben aplicarse aun cuando se trate del ejercicio de la función docente, no encuentra justificación o respaldo en la exposición de motivos de la LCE, ni encuentra lógica allí donde el propio ordenamiento jurídico admite que esa labor docente del funcionario o servidor sí puede efectuarse bajo régimen laboral con Entidades que realizan función educativa, o cuando se realiza en instituciones educativas privadas.

En todo caso, se aprecia que la redacción contenida en el listado de impedimentos para contratar con el Estado responde a su propósito de regular el mercado de compras públicas y evitar distorsiones o conductas que lo afecten, pero no persigue limitar el ejercicio de la función docente de funcionarios y servidores públicos que, reiteramos, posee reconocimiento constitucional y desarrollo en nuestro ordenamiento legal vigente.

- 10. Por ello, cuestiones como las que nos ocupa deben resolverse a partir de una lectura e interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, partiendo de las reglas previstas en la Constitución Política del Perú, que es la que admite, *prima facie*, la labor docente del funcionario o servidor público, así como las leyes que establecen las excepciones para el ejercicio de la función docente.
- 11. Por tanto, cabe reiterar que la Constitución Política del Perú y las normas especiales no dejan entrever algún motivo o propósito para excluir o admitir la labor docente del funcionario o servidor público, en función de la relación contractual (laboral o civil) que se genere con él.

¹ Sobre las razones de exceptuar a nivel constitucional la función docente de la prohibición de ejercer más de un empleo o cargo público remunerado, puede consultarse a Morón Urbina, en *La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2013, pág. 910. Así también, puede consultarse a Bernales Ballesteros en *La Constitución de 1993, Análisis Comparado*, Editora RAO SRL, Quinta Edición, 1999, Pág. 300.

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

12. Finalmente, el criterio adoptado no implica efectuar un control difuso de la constitucionalidad de la LCE. Al respecto, la LCE y sus impedimentos son compatibles con los principios y valores recogidos en la Constitución que persiguen dotar a los procedimientos de adquisición de bienes, servicios y obras de condiciones de transparencia, eficiencia y libre concurrencia, al estar involucrados recursos públicos.

Sin embargo, la LCE no constituye una norma aislada del ordenamiento jurídico cuyas interpretaciones deben fundarse exclusivamente en la literalidad de sus disposiciones, menos aún si eso nos lleva a desconocer otros propósitos constitucionales y regulaciones especiales.

Ello sin perjuicio que el texto de la LCE pueda mejorarse, recogiendo expresamente las reglas previstas en la Constitución Política del Perú y las leyes especiales, hecho que impide arribar a las mismas conclusiones.

13. En virtud de ello, resulta claro que la regulación del ejercicio de la función docente excede los propósitos de la LCE, por tanto, las soluciones interpretativas a casos vinculados a ello deben buscarse en lo establecido en las normas de la materia (ley de la carrera docente, ley universitaria, entre otras) y, principalmente, en las reglas y principios recogidos en nuestra Constitución Política del Perú.

De esa manera, no se advierte una forma admisible de interpretación de la LCE que colisione con las reglas expresas establecidas en la Constitución Política del Perú, que admiten a funcionarios y servidores públicos el ejercicio de la función docente.

14. Atendiendo a las consideraciones expuestas, cabe traer a colación lo dispuesto en el numeral 2 del artículo VI del Título Preliminar del TUO de la LPAG, en virtud del cual los criterios interpretativos establecidos por las entidades podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general.

Asimismo, cabe resaltar que, conforme a lo establecido en el artículo 130 del Reglamento de la LCE, los precedentes de observancia obligatoria son aplicados por las Entidades y las Salas del Tribunal, conservando su vigencia mientras no sean modificados por posteriores acuerdos de Sala Plena del Tribunal o por norma legal.

15. En esa línea, considerando que, conforme a los dispositivos antes enumerados, este Tribunal puede modificar los criterios interpretativos plasmados en sus acuerdos de Sala Plena, y en atención al análisis desarrollado de manera precedente, corresponde modificar el Acuerdo N° 008-2020/TCE y dejar sin efecto el criterio interpretativo plasmado en sus numerales 1 y 2, a efectos de establecer que 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

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

LCE, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando esta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios.

III. ACUERDO

Por las consideraciones expuestas, los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado, por mayoría, acordaron lo siguiente:

1. 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. Dejar sin efecto el criterio interpretativo plasmado en los numerales 1 y 2 del Acuerdo N° 008-2020/TCE.
3. El presente Acuerdo de Sala Plena entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Jorge Luis Herrera Guerra

Cristian Joe Cabrera Gil

Danny William Ramos Cabezudo

Paola Saavedra Alburqueque

Violeta Lucero Ferreyra Coral

Víctor Manuel Villanueva Sandoval

Carola Patricia Cucat Vilchez

Secretaria del Tribunal

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

VOTO EN DISCORDIA DE LOS VOCALES HÉCTOR INGA HUAMÁN, CARLOS QUIROGA PERICHE, CECILIA PONCE COSME Y ANNIE PÉREZ GUTIÉRREZ

Los Vocales que suscriben el presente voto discrepan respetuosamente del voto en mayoría, por las siguientes razones:

1. El TUO de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, constituye la norma de desarrollo del artículo 76 de la Constitución, en virtud del cual “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”.

Nótese al respecto que el citado precepto constitucional ha previsto, como regla general, la necesidad de que toda contratación que realice el Estado para abastecerse de bienes, servicios u obras, se concrete a través de un procedimiento especial, esto es mediante un procedimiento de selección, toda vez que dicho abastecimiento comprenderá siempre la utilización de fondos o recursos públicos, y estará dirigido a satisfacer, directamente o indirectamente, una necesidad de algún sector de la ciudadanía y/o a cumplir una finalidad pública.

En tal sentido, a efectos de garantizar tanto el adecuado y eficiente uso de los fondos públicos como el cumplimiento de las finalidades públicas propuestas, deben observarse los principios que inspiran la contratación pública, actualmente enumerados en el artículo 2 del TUO de la Ley N° 30225; entre ellos, los principios de *libertad de concurrencia*, de *transparencia*, de *eficacia y eficiencia*, y de *competencia*, en la medida que su aplicación determinará la selección de los proveedores que en las mejores condiciones de calidad, precio y oportunidad, colaborarán con el Estado en la búsqueda de la satisfacción del interés público. Así también, la observancia de tales preceptos permitirá evitar situaciones de privilegios, ventajas y direccionamientos indebidos a ciertos proveedores, así como conflictos de intereses que puedan producirse en autoridades que a su vez puedan tener la condición de proveedores del Estado. En la misma línea, la Ley de Contrataciones del Estado establece un listado de personas naturales y jurídicas que, por distintas situaciones se encuentran impedidas de contratar con el Estado independientemente del monto de la contratación. Dichas situaciones están definidas, en principio, por los cargos que determinadas personas ocupan y que, por su naturaleza, les generan conflictos de intereses para concretar un vínculo contractual adicional con el Estado, ello en atención a los principios que la Constitución sugiere como esenciales para llevar a cabo una contratación pública, tales como la moralidad, integridad, competencia efectiva, libre concurrencia, eficacia, eficiencia, transparencia, entre otros.

De ese modo, los impedimentos tienen por objeto evitar que, por su condición o la de sus integrantes, algunas personas naturales o jurídicas no puedan ser parte en procesos de contratación pública, pues su participación implicaría una contravención

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

explícita al fundamento constitucional de esta actuación administrativa, en tanto las autoridades y servidores públicos impedidos se encuentran en posición de emplear sus cargos para distorsionar o influenciar sobre un resultado determinado, en beneficio de sí mismos o de terceros, incluyendo entre estos últimos, a sus parientes, las empresas a las que se encuentran vinculados, u otras personas que busquen beneficiarse de su vínculo con la autoridad para acceder a contratos con el Estado.

2. Teniendo lo expuesto como marco, en los literales del a) al e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE, se establece que, cualquiera sea el régimen legal de la contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5, autoridades de los tres poderes del Estado, de los tres niveles de gobierno, de los organismos constitucionales autónomos, funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, y los gerentes de las empresas del Estado, para los cuales el impedimento aplica en todo proceso de contratación.

Como se aprecia, las autoridades, funcionarios y servidores públicos comprendidos en los literales a) al e) del citado numeral 11.1, están impedidos de contratar con el Estado **en todo proceso de contratación**, sin que se establezcan excepciones al objeto del contrato, a su cuantía o la Entidad contratante.

3. Por otro lado, tanto a nivel constitucional como de leyes especiales existen normas que regulan aspectos tales como la doble percepción y/o exclusividad en el ejercicio de un cargo, salvo el ejercicio de la docencia y otras actividades, para las personas señaladas en los mencionados impedimentos.

Así, para el caso de los *Congresistas de la República*, tanto la Constitución, en su artículo 92, como el Reglamento del Congreso, establecen la exclusividad de la función y su incompatibilidad con el ejercicio de otra función pública, **salvo la de Ministro**; razón por la cual, no podrían ejercer la docencia.

En cuanto a los *Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República y los jueces de las Cortes Superiores*, debe valorarse que la Constitución establece en su artículo 146, que la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada, **con excepción de la docencia universitaria** fuera del horario de trabajo. De manera complementaria, la Ley N° 29277 - Ley de la Carrera Judicial, establece en el numeral 13 de su artículo 34, como uno de los deberes de los jueces, dedicarse exclusivamente a la función jurisdiccional, **con excepción del ejercicio de la docencia universitaria**, a tiempo parcial, hasta por ocho (8) horas semanales de dictado de clases y en horas distintas de las que corresponden al despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, pueden realizar labores de investigación e intervenir, a título personal, en congresos y conferencias.

Respecto a los *Ministros*, el artículo 126 de la Constitución establece que los Ministros no pueden ejercer otra función pública, **excepto la legislativa**.

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

En el rango de los titulares de los Órganos Constitucionales Autónomos, la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, prevé en su artículo 26 que el *Contralor General de la República* está prohibido de ejercer actividad lucrativa e intervenir, directa o indirectamente en la dirección y/o gestión de cualquier actividad pública o privada, **excepto las de carácter docente**.

Asimismo, el artículo 21 de la Ley Orgánica del *Ministerio Público* **exceptúa la docencia universitaria** de la prohibición de ejercer función pública adicional a la de fiscal.

En igual sentido, el artículo 6 de la Ley N° 26520 – Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, señala que la condición del *Defensor del Pueblo* es incompatible con todo mandato representativo, cargo político, filiación política o sindical, asociación o fundación, con la carrera judicial o con el ejercicio de cualquier profesión u oficio, **excepción de la docencia universitaria**.

En la misma línea, el artículo 13 de la Ley N° 28301 - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, señala que la función de *Magistrado del Tribunal* es a dedicación exclusiva. Le está prohibido desempeñar cualquier otro cargo público o privado y ejercer cualquier profesión u oficio, **a excepción de la docencia universitaria**, siempre que no afecte el normal funcionamiento del Tribunal.

En términos similares, el artículo 12 de la Ley N° 30916 – Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, prevé que la función de *miembro de la Junta Nacional de Justicia* es a tiempo completo. Está prohibido desempeñar cualquier otro cargo público o privado o ejercer cualquier profesión u oficio, **a excepción de la docencia universitaria** a tiempo parcial, y siempre y cuando no afecte el normal funcionamiento de la Junta Nacional de Justicia.

En el ámbito del sistema nacional electoral, el artículo 15 de la Ley N° 26486 – Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, dispone que el ejercicio del cargo de *miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones* es incompatible con cualquier otra función pública, **excepto la docencia** a tiempo parcial. Asimismo, el artículo 10 de la Ley N° 26487 – Ley Orgánica de la ONPE, señala que el ejercicio del cargo de *jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales* es incompatible con cualquier otra función pública, **excepto la docencia a tiempo parcial**. De igual modo, el artículo 10 de la Ley N° 26497 – Ley Orgánica del *Registro Nacional de Identificación y Estado Civil*, señala que el desempeño del cargo de Jefe de dicho órgano constitucional autónomo es incompatible con cualquiera otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial.

Para el caso del *Presidente del Banco Central de Reserva*, el artículo 32 de su Ley Orgánica establece que el Presidente debe **dedicación exclusiva** a sus funciones, las que son **incompatibles con todo otro cargo, empleo o servicio**.

Para el caso del *titular de la Superintendencia de Banca Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones*, el artículo 363 de la Ley N° 26702 – Ley General

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, dispone que le está vedado el ejercicio de toda actividad económica remunerada, **con excepción de la docencia**.

Con respecto a las *autoridades regionales*, el artículo 20 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, establece que el Presidente Regional desempeña su cargo a dedicación exclusiva, **con la sola excepción de la función docente**.

Para el caso de las *demás autoridades y servidores públicos* señalados en los literales a) al e) del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225, es aplicable lo establecido en el artículo 40 de la Constitución, según el cual ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, **con excepción de uno más por función docente**, y los casos exceptuados por motivos de la declaratoria de emergencia nacional con ocasión de las medidas tomadas para mitigar las consecuencias del COVID-19.

De manera concordante con ello, es aplicable lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público, en virtud del cual ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso; determinando que es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado, siendo **la función docente** y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas, **las únicas excepciones**.

4. Atendiendo a dichas disposiciones constitucionales y legales, incluyendo la normativa de contratación pública, de la carrera judicial y del empleo público, nótese que, en términos generales, algunas autoridades y servidores públicos enumerados en los literales a) al e) del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225, deben ejercer sus respectivos cargos con exclusividad, estando impedidos de realizar cualquier otra función pública, en tanto que otros con excepción de la docencia y algunas otras funciones públicas (Congresistas y Ministros).
5. Respecto la naturaleza de la actividad docente, ya sea que se trate de la docencia universitaria o no universitaria, cuando esta se desarrolla en instituciones públicas, no requiere necesariamente de la utilización de los mecanismos contractuales previstos o supervisados por la Ley de Contrataciones del Estado y sus normas complementarias, sino que dicha actividad se ejerce a través de otros contratos de naturaleza laboral e incluso por contratos de distinta naturaleza.

Con la finalidad de conocer las implicancias de **la docencia**, entendida como la actividad de “enseñar” (instruir, adoctrinar, amaestrar con reglas o preceptos²), en términos generales, es posible aseverar que la docencia puede ejercerse desde diversos frentes; por un lado, puede concebirse una docencia diferenciada por niveles que abarcan la educación primaria, secundaria y superior, y en el caso de esta última la universitaria y no universitaria (o técnica); así también, tenemos la docencia

² Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003~2021/TCE

que puede ejercerse en instituciones públicas y aquella que se imparte en instituciones de gestión privada, laicas o confesionales.

En este punto, es importante precisar que, por su propia naturaleza, la docencia únicamente puede ser ejercida por personas naturales, toda vez que aun cuando existen instituciones, públicas y privadas, cuya actividad principal es brindar el servicio de enseñanza, lo cierto es que en la práctica ello es posible únicamente a través de la docencia impartida por personas naturales.

Asimismo, como ya se ha precisado, el campo de desarrollo de esta actividad comprende una serie de ámbitos, y modalidades, en las que incluso se pueden considerar las conferencias, seminarios, congresos, talleres, u otros similares, tal como sugiere el segundo párrafo del artículo 158 del Reglamento de la Ley N° 30057 – Ley del Servicio Civil, en virtud del cual “se entenderá por función docente efectiva a la enseñanza, impartición de clases, dictado de talleres y similares”.

De igual modo, sin perjuicio de la existencia de una formación académica profesional destinada exclusivamente a la docencia, lo cierto es que, en la práctica, cuando el ordenamiento jurídico lo permite, personas con distintas formaciones académicas pueden ejercer la docencia en sus respectivos campos de especialización.

De esa manera, la docencia, cuyo ejercicio está permitido a determinadas autoridades y servidores del Estado conforme a la Constitución y las normas especiales antes citadas, tiene un campo de desarrollo amplio en el ámbito nacional; sin embargo, lo que importa para estos efectos es la docencia que aquellas personas puedan impartir en entidades del sector público.

6. En ese orden de ideas, bajo la consideración de los vocales que suscriben el presente voto, lo establecido en los literales a) al e) del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225, no constituye en medida alguna una contravención a las disposiciones constitucionales y legales especiales que permiten que tanto jueces, autoridades y servidores públicos ejerzan la docencia, sino únicamente una limitación para cuando dicha actividad pretenda realizarse en instituciones públicas a través de contratos bajo el ámbito de aplicación y supervisión de la Ley de Contrataciones del Estado, en la medida que el impedimento expresamente no admite excepciones.

En esa línea, la normativa de contratación pública establece un impedimento absoluto para contratar con entidades públicas, dirigido a los altos funcionarios del Estado, sin establecer excepción alguna, ni siquiera para el ejercicio de la docencia; razón por la cual, en atención al principio de legalidad y a la facultad sancionadora que le ha otorgado la Ley, el Tribunal sanciona aquellas personas que habiendo ocupado los cargos señalados en el literal a) del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225, contratan con el Estado.

7. Ahora, si bien la emisión de una orden de servicio constituye una vía más célere para la contratación de profesionales que ejerzan docencia en comparación con otros mecanismos de contratación; ello no resulta suficiente para desconocer un

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

impedimento expresamente previsto en una norma legal, sino una motivación para mejorar y dotar de mayor dinamismo a los concursos públicos u otros procedimientos previstos para la contratación de docentes en el ámbito público.

Sobre el mencionado impedimento, el legislador ha considerado pertinente impedir que autoridades y servidores del Estado contraten con este para abastecerlo de bienes, servicios u obras, considerando el alto poder de influencia que, por la propia naturaleza y ejercicio de sus respectivos cargos, dichas personas podrían tener en los procesos de contratación, pudiendo favorecerse a sí mismos o a terceros.

Dicha situación que motivó la inclusión de los altos funcionarios en el listado de impedimentos de la Ley tiene correlación con los principios de **competencia e igualdad de trato**, en la medida que no es posible establecer una competencia efectiva ni otorgar un trato igualitario, cuando entre los participantes o potenciales proveedores para concretar un contrato público, se encuentra una persona que ocupa algún alto cargo en la organización del Estado.

Como ya se ha señalado, lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, no impide que las autoridades y servidores del Estado ejerzan la docencia en Entidades públicas, a través de contratos de naturaleza laboral o administrativa, siguiendo los procedimientos previstos en las normas especiales que los regulan, y siempre que se encuentren fuera del ámbito de aplicación y supervisión de la Ley de Contrataciones del Estado.

8. En esa misma línea, otro elemento a tener en cuenta es que para la contratación de docentes por parte de las Entidades públicas, tanto estas como aquellos deben conocer cuáles son las disposiciones legales que rigen el mecanismo de contratación para que el ejercicio de dicha actividad sea posible; es decir, no solo debe valorarse que la Constitución y el ordenamiento jurídico otorgan, tanto a jueces como a autoridades de alto nivel, la posibilidad de ser docentes, sino el procedimiento que debe seguirse para ejercer dicho derecho, que en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho se encuentra regulado, según sea el caso, en las distintas normas especiales.

Es cierto que el ordenamiento jurídico nacional debe ser aplicado e interpretado de manera **integral**, pero también de manera concordante; ello implica el criterio de especialidad de las normas, en virtud del cual, una norma tiene primacía sobre otra, al regular directamente la situación que se pretende analizar, lo cual ocurre cuando se aplica la Ley de Contrataciones del Estado, en lugar de, por ejemplo, la Ley de la Carrera Judicial o la Ley Marco del Empleo Público, cuando se analiza un contrato regulado por la primera.

9. Por otro lado, de existir alguna posición, según la cual corresponde dejar de aplicar la Ley de Contrataciones del Estado, concretamente en lo regulado en su artículo 11, por considerar que contraviene aquellas disposiciones constitucionales que permiten a jueces y demás autoridades y servidores públicos ejercer la docencia, implicaría el ejercicio del **control difuso** por parte del Tribunal de Contrataciones del

ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2021/TCE

Estado; facultad para la cual, los tribunales administrativos no se encuentran autorizados, en virtud de lo establecido en la Sentencia de Tribunal Constitucional del Expediente N° 04293-2012-PA/TC³, que dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC N° 03741-2004-PA/TC por el cual “se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infra constitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo”.

10. En suma, el criterio que sostienen los vocales que suscriben el presente el voto, tiene su sustento en la diferencia de la *ratio legis* o razón legal de los impedimentos para contratar con el Estado (mediante locación de servicios) previstos en la Ley de Contrataciones del Estado, frente al fundamento de las normas que prohíben la doble percepción del Estado o que establecen la exclusividad en el desempeño de un cargo.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, si se deseara hacer de la docencia (universitaria) una excepción a los impedimentos deberá realizarse la modificación normativa correspondiente en el propio artículo 11 de la LCE.

CONCLUSIONES:

Por las consideraciones expuestas, los Vocales que suscriben el presente voto concluyen que corresponde:

1. Ratificar los criterios interpretativos del Acuerdo N° 008-2020/TCE.

Héctor Marín Inga Huamán

Carlos Enrique Quiroga Periche

Cecilia Berenise Ponce Cosme

Annie Elizabeth Pérez Gutiérrez

³ Al respecto, el fundamento 34 de la citada sentencia señaló lo siguiente:

“34. (...) el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado”.