

OPINIÓN N° 077-2022/DTN

Solicitante: Pontificia Universidad Católica del Perú

Asunto: Impedimentos

Referencia: a) Formulario S/N de fecha 10.AGO.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.
b) Informe legal S/N de fecha 09.AGO.2022

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Pontificia Universidad Católica del Perú formula una consulta referida a los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA 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, la consulta formulada es la siguiente:

“¿El impedimento previsto en el literal j) del artículo 11.1 de la Ley de Contrataciones

del Estado, que se configuraría por la relación de parentesco en segundo grado de afinidad, que tendría un miembro del Consejo Directivo de una persona jurídica sin fines de lucro, con un Magistrado del Tribunal Constitucional (comprendido en el literal a del precitado artículo), alcanza solamente a las contrataciones que realiza el Tribunal Constitucional o tiene alcance nacional, es decir, se extiende respecto de todas las Entidades Públicas a que alude los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3 de la mencionada Ley?” (Sic.)

- 2.1. Debe indicarse que la normativa de contrataciones permite que toda persona que cumpla con los requisitos que esta establece pueda inscribirse como participante en los procedimientos de selección convocados por las Entidades, formular propuestas en el marco de dichos procedimientos de selección, perfeccionar contratos o subcontratar con el Estado de acuerdo con lo establecido en la mencionada normativa; **salvo** que dicha persona se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.
- 2.2. Ahora bien, entre los referidos impedimentos se tiene el establecido en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por el cual se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado, *“El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo”*.

En relación con el tenor de la consulta, es pertinente señalar que el artículo 201 de la Constitución Política del Perú establece como uno de los Organismos Constitucionalmente Autónomos al Tribunal Constitucional. Sobre el particular, debe indicarse que la estructura del mencionado Organismo se encuentra establecida en la Ley N° 28301 “Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, la cual establece en su artículo 8 que, *“El Tribunal está integrado por siete miembros, con el título de magistrados del Tribunal Constitucional. (...)”*.

Por lo expuesto, se tiene que los magistrados del Tribunal Constitucional se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en el marco de todo proceso de contratación realizado por las Entidades, mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de haberlo dejado.

- 2.3. Aunado a lo anterior, debe indicarse que el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que también se encuentran impedidos de participar, formular ofertas, contratar y subcontratar con el Estado, *“El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes”*, precisando que *“Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas”*.

De esta manera, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de

consanguinidad o afinidad de los magistrados del Tribunal Constitucional se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado en todo proceso de contratación, **a nivel nacional**, convocado por las Entidades Públicas (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado), mientras este último ejerza el cargo y hasta doce (12) meses después de haberlo dejado.

- 2.4. En adición a lo señalado hasta este punto, debe indicarse que el literal j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que están impedidos, también, de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado “*En el ámbito y tiempo establecido para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección*”.

Por tanto, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los magistrados del Tribunal Constitucional, participen o hubiesen participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección, se encuentran impedidas de ser participantes, postoras, contratistas y/o subcontratistas del Estado en todo proceso de contratación, **a nivel nacional**, convocado por las Entidades Públicas (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado), mientras el referido funcionario del Tribunal Constitucional se encuentre ejerciendo el cargo y hasta doce (12) meses después de haberlo dejado.

- 2.5. Por otra parte, respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 03150-2017-PA/TC que se menciona en el documento de la referencia b), debe señalarse que fue dictada en el marco de un proceso de amparo contra una norma legal; por tanto, de conformidad con (i) el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú¹, (ii) el artículo 3 del Código Procesal Constitucional² y (iii) la uniforme doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional³, dicha sentencia —si bien acogió la pretensión del

¹ El inciso 2 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú establece: que, “*No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular*”. Respecto de esta máxima, el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias ha interpretado que el sentido constitucional del término debe ser que, en vía de amparo no puede cuestionarse la validez general de la norma.

² El artículo 3 del Código Procesal Constitucional que se aplicó a la sentencia mencionada, establecía respecto del amparo contra norma legal: “Cuando se invoque amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declara fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma (...) En todos estos casos, los jueces se limitan a **declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar la vigencia**, realizando interpretación constitucional conforme a la forma y modo que la constitución establece”. (El énfasis es agregado)

³ Sobre el particular, pueden considerarse las siguientes sentencias:

demandante respecto de la inaplicación del impedimento contemplado en el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley— **solo alcanza al caso concreto, esto es, no implica la inaplicación de la dimensión abstracta o general de los mencionados dispositivos legales.** (El énfasis es agregado)

- 2.6. En ese sentido, es pertinente señalar que lo dispuesto en los literales a), h) y j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se encuentran vigentes, puesto que no han sido derogados ni expresa ni tácitamente por alguna otra Ley ni tampoco su inconstitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional⁴.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Las personas jurídicas sin fines de lucro en las que el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los magistrados del Tribunal Constitucional, participen o hubiesen participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección, se encuentran impedidas de ser participantes, postoras, contratistas y/o subcontratistas del Estado en todo proceso de contratación, a nivel nacional, convocado por las Entidades Públicas (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado), mientras el referido funcionario del Tribunal Constitucional se encuentre ejerciendo

-
- Sentencia recaída en el Exp. N° 1964- 2006-AA/TC, fundamento 3: “De otro lado, también se ha establecido que una interpretación sistemática de los alcances de **la restricción contenida en el segundo párrafo del artículo 200, inciso 2) de la Constitución, debe entenderse en el sentido de que no cabe, efectivamente, que mediante una demanda de amparo se cuestione una norma cuando el propósito de esta sea cuestionar su validez en abstracto,** habida cuenta que en el ordenamiento existen otros procesos, como el de inconstitucionalidad o la acción popular, cuyo objeto precisamente es preservar la condición de la Constitución como Ley Suprema del Estado”. (El énfasis es agregado)
 - Sentencia recaída en el Exp. N° 04941-2005-AA/TC, fundamento 3: “El Tribunal tiene dicho que cuando a través del amparo se cuestione la validez de una ley o una norma con rango de ley, no solo es preciso que esta, en abstracto, resulte contraria a algún derecho fundamental sino, además, que en los hechos incida en el ámbito subjetivo garantizado por dicho derecho, habida cuenta que **la finalidad de este proceso no es controlar en abstracto la validez de las leyes sino la de tutelar el ejercicio de derechos fundamentales.**” (El énfasis es agregado)
 - Sentencia recaída en el Expediente N°1594-2004-AA/TC, fundamento 5: “Sin embargo, como se ha expuesto en el Fundamento 2 de la presente, **en un proceso de amparo [contra norma legal] cabe el cuestionamiento de los efectos derivados de la aplicación de una norma legal, más no el cuestionamiento en abstracto de cuáles pueden ser tales consecuencias, puesto que ello únicamente procede cuando se realiza el examen de constitucionalidad de una norma,** donde el Tribunal Constitucional –una instancia competente para tal efecto-, puede examinar los sentidos interpretativos de una norma determinada y excluir aquellos sentidos que son contrarios a la constitución”. (El énfasis es agregado)

⁴ Sobre el particular, el artículo 103 de la Constitución establece lo siguiente: “(...) *La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad*”.

el cargo y hasta doce (12) meses después de haberlo dejado.

- 3.2. Es pertinente señalar que lo dispuesto en los literales a), h) y j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se encuentran vigentes, puesto que no han sido derogados ni expresa ni tácitamente por alguna otra Ley ni tampoco su inconstitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional.

Jesús María, 20 de septiembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS