

LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO Y LOS PRINCIPIOS DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA

Victoria Raquel Pérez Aguilar¹

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar los impedimentos para contratar con el Estado, regulados en el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones con el Estado y su afectación a los principios de libre concurrencia y competencia contemplados en el artículo 2 del referido Texto Único Ordenado. Analizaremos sobre el sentido y la finalidad de la regulación de los impedimentos y su necesidad de ser modificados para procurar la mayor concurrencia de postores posibles en el procedimiento de selección y no caer en el riesgo de quedarnos sin proveedores habilitados para contratar con el Estado, lo que sin duda sería contrario a la finalidad misma de la Norma de Contrataciones.

¹ Magíster en Contratación Pública, Árbitro especializado en Contrataciones con el Estado adscrita a diferentes centros de arbitraje a nivel nacional, docente de la Universidad Continental, capacitadora en diversos cursos organizados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Ha laborado en entidades públicas como SUNAT, OSCE y Poder Judicial.

INTRODUCCIÓN

Durante años, en un afán de prosperidad y mejora económica, los diversos estados democráticos han procurado introducir preceptos y derechos económicos a sus sistemas normativos, a fin de viabilizar una participación conjunta de los particulares y el Estado.

En el Perú, es en la Constitución Política de 1993 que se establecen diversos derechos que coadyuvarían un desarrollo adecuado de nuestro sector económico. Así, tenemos que en su artículo 2°, numeral 14, encontramos regulado lo referido a la libertad contractual y en el artículo 58°, lo referido a la famosa economía social de mercado y la libertad de la iniciativa privada.

No obstante, si bien nuestro marco jurídico Constitucional regula la capacidad y libertad contractual de los particulares (personas naturales o jurídicas), así como la iniciativa privada dentro del sector económico, el ejercicio de estos derechos en algunas ocasiones se encuentra limitado por ciertos parámetros y regulaciones que surgen del desarrollo legislativo.

En ese sentido, el presente artículo se centrará en analizar los parámetros legislativos que limitan la libre contratación y la iniciativa privada dentro de las Contrataciones del Estado.

1. NORMATIVA DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SUS IMPEDIMENTOS

Es muy sabido en el mundo jurídico que todo derecho constitucional debe ser debidamente desarrollado mediante la técnica legislativa y reglamentaria, a efectos de procurar su aplicación adecuada, en términos que sea razonable y proporcional con su contenido esencial y con la materia a la que se incorpora.

En esa línea, en cuanto a la materia que nos ocupa, se han emitido diversas normas con el objetivo de perfeccionar las relaciones contractuales surgidas entre los particulares y el Estado, encontrándose vigente el Texto Único Ordenado (en adelante TUO) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 082-2019-EF, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 344-2018-EF.

Ahora bien, como parte del perfeccionamiento de las relaciones contractuales, surge la necesidad de garantizar una igualdad empresarial que no limite, sino por causas estrictamente razonables, la libertad contractual. Para ello, nuestra normativa (el TUO de la Ley de Contrataciones) ha fijado diversos impedimentos, los cuales considero deben procurar la no creación de situaciones de ventaja entre los participantes en un procedimiento de selección. Ya que nuestro sistema económico privado es tan variado y escalonado involucrar a todos los participantes sin limitación alguna generaría situaciones de disparidad fundados en los desniveles de poder. Dicho de otro modo, no podríamos considerar razonable que, en un concurso público, por ejemplo, se presente como participante el pequeño empresario dueño de una librería de la esquina, y que su competencia sea el ministro de Cultura o algún magistrado del Poder Judicial; ya que estos últimos, debido a su cargo e influencias relacionadas con su estatus económico y/o laboral, tendrían mayores chances de obtener la buena pro. Aunado a que en un país como el nuestro, donde reina la corrupción y el amiguismo (lo digo con mucha pena, pero de cara a la realidad), no resultaría extraño enterarnos de los “favores” que conllevaron a la adjudicación del concurso.

Así, el artículo 11° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado señala una lista muy extensa de las personas naturales y jurídicas que se encuentran impedidas para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas. No obstante, para un mejor entendimiento en cuanto al análisis, dividiremos la lista en dos grupos, el primero que abarca desde el numeral a) hasta el numeral f), donde encontraremos a todos los operadores encargados de la administración pública (funcionarios y servidores), a quienes —como se mencionó en líneas precedentes— es indispensable su impedimento por encontrarse en una situación de poder económico mayor, así como la peligrosidad del mal uso de sus influencias políticas para asegurar adjudicaciones irregulares. Y, en el segundo grupo están las personas jurídicas o naturales pertenecientes a la sociedad civil, cuyo impedimento se encuentra fundado en circunstancias y requisitos especiales respecto de la relación que se mantiene con la determinación de las características técnicas o en la elaboración de los documentos que regulan el procedimiento de selección, como es el caso de lo establecido en el literal g).

Asimismo, en este segundo grupo encontramos impedimentos por razón de vínculos maritales, convivenciales o parentales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (literal h), para cuya determinación corresponde remitirnos al Libro de Familia regulado por el Código Civil, el cual, en su artículo 236°, establece lo siguiente:

Artículo 236.- Parentesco consanguíneo

El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

En la línea colateral, el grado se establece subiéndose de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

De este texto normativo se desprenden dos tipos de parentesco consanguíneo: **i) consanguinidad por línea recta**, que se halla de manera implícita en el primer párrafo y que su determinación corresponde a la ascendencia o descendencia, según sea el caso, de nuestro tronco familiar y, **ii) consanguinidad en línea colateral**, cuyo grado se determinará llegando al tronco en común y contando hacia abajo. Así, por ejemplo, cuando se refiere hasta el segundo grado de consanguinidad en línea recta ascendente, tendremos a nuestros padres y a nuestros abuelos, mientras que cuando se refiere hasta el segundo grado de consanguinidad en línea recta descendente, tendremos a nuestros hijos y nietos. Por otro lado, en el segundo supuesto, esto es, en línea colateral, tendremos a nuestro padre y a nuestro hermano, en primer y segundo grado respectivamente, esto en razón de que la graduación se realiza teniendo como referencia el tronco en común. En este caso, el tronco común entre mi hermano y yo, es mi padre (primer grado), y luego descendemos hasta mi hermano (segundo grado).

Ahora, en cuanto al parentesco por afinidad, el artículo 237° del Código Civil, señala:

Artículo 237.- Parentesco por afinidad

El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce.

Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

Como se aprecia, nuestro sistema normativo regula la relación por afinidad solo en los casos en los que exista una relación conyugal, siendo lo importante para determinar el parentesco lo reglado en la segunda oración del primer párrafo, el cual dice: “Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad”. De lo expuesto se infiere que mis grados de consanguinidad pasarán a ser los grados de afinidad de mi cónyuge, mientras que los grados de consanguinidad de mi cónyuge pasarán a ser mis grados de afinidad.

Cabe precisar que el referido numeral no señala si para el grado de consanguinidad o afinidad se debe tener en cuenta la línea recta, la línea colateral o ambas. A su vez, hay que recalcar que no basta con tener familiares dentro del grado que la norma señala, sino que, para que el impedimento surta sus efectos, deben concurrir los criterios establecidos en el literal h) del artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones, los cuales son:

- (i) 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;
- (ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;
- (iii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en el literal e), el impedimento se configura en la Entidad a la que

pertenecen estas personas mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

- (iv) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales f) y g), el impedimento tiene el mismo alcance al referido en los citados literales.

En cuando al impedimento referido a los vínculos de consanguinidad o afinidad, debemos precisar que la actual norma de contrataciones del Estado, a diferencia de lo establecido en nuestro Código Civil, amplía el impedimento al siguiente texto: “El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”, no haciéndose distinción o mención alguna a los parientes que ingresan dentro de este catálogo.

Ahora, para continuar con el análisis respecto a los impedimentos para contratar con el Estado, es importante que revisemos algunas de las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, como la Opinión 140-2019/DTN, que señala lo siguiente:

Los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley —tales como los Congresistas de la República— se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en todo proceso de compras públicas que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado); asimismo, tal impedimento les resulta aplicable desde que dichos funcionarios asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

En el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente, los cónyuges, convi-

vientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley —tales como los Congresistas de la República— se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en todo proceso de compras públicas que convoque cualquier entidad, a nivel nacional (lo que incluye a todas las entidades que conforman los tres poderes del Estado). Asimismo, tal impedimento les resulta aplicable desde que dichos funcionarios asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

En la misma línea encontramos la Opinión 034-2020/DTN, que señala lo siguiente:

La competencia territorial de los Alcaldes se circunscribe al territorio que constituye su jurisdicción, ámbito en el cual aplica el impedimento desde que dejan el cargo y hasta doce (12) meses posteriores a dicho evento; sin perjuicio de ello, mientras ejerzan como Alcaldes, estos se encontrarán impedidos en todo proceso de contratación que se convoque a nivel nacional, conforme a lo dispuesto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

La opinión citada menciona que un alcalde está impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en todo proceso de contratación pública, incluyendo aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) unidades impositivas tributarias; impedimento que se aplica a las personas jurídicas en las que aquel sea integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal, conforme a lo dispuesto en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Como hemos podido advertir, los cónyuges,

convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad estarán impedidos de participar en las contrataciones del Estado, por la simple y sencilla razón de que sus familiares, se encuentran dentro de algún impedimento para que puedan ejercer su derecho a la libertad de contratación, situación que, en algunos casos, resulta ser excesiva, ya que por el simple hecho de que mi hermano o padre sean, por ejemplo, congresistas o jueces supremos de la Corte Suprema de justicia de la República, o titulares y miembros de órganos colegiados de los organismos constitucionalmente autónomos, yo me vería perjudicada de no poder realizar ninguna contratación con el Estado, lo cual generaría grave afectación a nuestro derecho a contratar sin restricción alguna.

Recordemos que de conformidad con lo señalado en el literal a) y b) del artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones, encontramos los impedimentos denominados “totales”, ya que las personas señaladas en los referidos literales tienen un impedimento total para contratar con el Estado, es decir, no podrán realizar contratación alguna con el Estado, y resulta que su impedimento es aplicado también a sus cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de afinidad y segundo grado de consanguinidad.

Artículo 11. Impedimento

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de 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, las siguientes personas:

a) 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.

b) Los Ministros y Viceministros de Estado en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta (12) meses después y solo en el ámbito de su sector.

El tema planteado ha sido también analizado por el Tribunal Constitucional en términos que merecen ser adoptados por el legislador y procurar una modificación normativa respecto a los impedimentos para contratar con el Estado.

Este pronunciamiento versó respecto del impedimento relacionado con el vínculo de consanguinidad. En el caso en concreto, del impedimento imputado al hermano de un congresista, quien se vio impedido de estar inscrito en el registro nacional de proveedores del Estado (RNP); debiendo recordar que, de conformidad con lo señalado en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones con el Estado, el impedimento se extiende tanto para ser participante, postor y contratista.

En la Sentencia N.º 1087/2020, emitida por el Tribunal Constitucional, se analiza la demanda de amparo interpuesta por Domingo García Belaúnde, hermano de un congresista, quien indicó que se había registrado en el Registro Nacional de Proveedores, con una vigencia desde el 18 de setiembre de 2012 hasta el 18 de setiembre de 2013. Sin embargo, tuvo que renunciar a su condición como proveedor; ya que, de manera extraoficial, se le informó que incurría en uno de los impedimentos señalados

en la normativa que regula las contrataciones con el Estado. De este modo, lo que solicitó el demandante es la inaplicación del artículo 10 literal f) del Decreto Legislativo N.º 1017, y en ese sentido, se le permita volver a registrarse en el RNP; puesto que considera que tal impedimento vulnera su derecho a la libre contratación y a la presunción de inocencia.

Cabe precisar que el literal f) del Decreto Legislativo N.º 1017 es regulado también en la actual norma de contrataciones, en el literal g).

Es importante traer al análisis lo resuelto en Primera Instancia, siendo que el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional determinó fundada la demanda. Sus argumentos a favor de esta versan, principalmente, sobre lo siguiente:

Conforme a una interpretación finalista, lo que busca el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, es evitar que la condición de congresista pueda ser aprovechada para contratar los servicios de un familiar de este. A su juicio, tal influencia se puede dar en el ámbito del órgano donde labora el hermano del actor, esto es, el Congreso de la República. Sin embargo, en el presente caso, ello no ocurre, pues el hermano congresista no tiene injerencia en otras entidades públicas, al ser un congresista de oposición al gobierno de turno (...). Por consiguiente, interpretando la norma cuestionada según su finalidad, concluye que el actor sí puede ser proveedor del Estado, excepto del Congreso y ordena al OSCE que permita la inscripción del demandante en el Registro Nacional de Proveedores.

Sin duda alguna, esta interpretación del juzgador viene a ser una luz al final de camino, y ello a razón de que durante mucho tiempo estos impedimentos han sido interpretados de

maneral literal y, consecuentemente, han sido limitativos para quienes encajan en el supuesto. Empero, a pesar de que la decisión fue favorable para el demandado, en Segunda Instancia, el giro de la materia de *litis* culminó en la revocación de la apelación, declarándola improcedente; ya que, a juicio del juzgador, se había incurrido en la sustracción de la materia, esto en razón de que la Ley N.º 30225 derogó el Decreto Legislativo. N.º 1017.

Desde mi punto de vista, lo resuelto respecto a la resolución cuestionada no fue más que una salida sencilla, que le permitió eximirse del análisis de fondo; ya que, si se le hubiera dedicado el tiempo y esfuerzo necesario, se habría llegado a la simple, pero importante, conclusión de que, a pesar de que el Decreto Legislativo. N.º 1017. se haya derogado, su contenido aún está presente en la Ley N.º 30225. Sin embargo, con un mejor y amplio criterio, el Tribunal Constitucional sí desarrolla este aspecto, con la seriedad que merece, y determina que lo contemplado por la norma derogada (artículo 10 del D. L. N.º 1017) persiste en la normativa vigente (artículo 11 de la Ley N.º 30225); por ello, el Colegiado estima que no corresponde la sustracción de la materia en ese extremo. Una vez establecido ello, pasa a realizar el respectivo análisis de fondo; siendo el primer escalón determinar si es que efectivamente se estaba incurriendo en la vulneración de los derechos fundamentales incoados por el demandante.

Respecto al derecho a la libertad de contratación, nos recuerda que este se aborda en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así, se remite a jurisprudencia en la que reiteradamente se ha establecido que este derecho se fundamenta en la autonomía priva-

da y concluye que el núcleo del mencionado derecho fundamental se basa en dos aspectos: “Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante” y “Autonomía para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual”. Además de ello, toma en consideración los principios ya establecidos en la normativa vigente de las contrataciones con el Estado, recalcando tanto su importancia como su funcionalidad, las cuales se materializan en la medida de presentarse como los cimientos por los cuales se rigen los procedimientos de contratación con el Estado.

Para efectos de resolver la materia en cuestión, el Tribunal considera apropiado someter el artículo referente a los impedimentos tanto al test de proporcionalidad como al test de idoneidad. De igual manera refiere que es la Ley N.º 30225 la que señala otros mecanismos que cumplan con la misma finalidad, un ejemplo de ello sería el artículo 52, que considera lo siguiente:

Queda claro, entonces, que, a juicio de este Colegiado, las medidas bajo examen no superan el juicio de necesidad y, por consiguiente, no logran sortear el test de proporcionalidad, a consecuencia de lo cual las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso “h” de la Ley 30225. (...) resulta desproporcionada y configura una amenaza de transgresión al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso, con las siguientes excepciones: a) conforme se establece en el fundamento 22 supra, la prohibición de contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la excepción que se describe en los fundamentos 28 a 32 infra, relativa al cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República, las cuales sí se encuentran justificadas (f. 26)

En ese sentido, en el fundamento 34 de la Sentencia, se concluye que:

Tras advertirse que la aplicación del impedimento de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales como los congresistas, para contratar con el Estado —siempre que, entre las excepciones, el contrato no sea con la misma entidad en la que labore dicha persona natural—, vulnera el derecho a la libertad de contratar, corresponde estimar la solicitud de reincorporación del actor al Registro Nacional de Proveedores

Seguido de esto, se remite a determinar si el derecho fundamental a la presunción de inocencia también ha sido vulnerado. Para ello, toma como guía los distintos tratados internacionales que obedecen la protección de los derechos fundamentales de la persona, en especial los que amparan el derecho de presunción de inocencia y que, en resumidas cuentas, consideran a este como el garante judicial que permite la defensa de la inocencia de la persona hasta determinarse lo contrario. Ahora bien, aterrizando este derecho en la jurisdicción peruana, específicamente en la sede administrativa, nos vislumbra con lo contenido en el artículo 246 inciso 9 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el cual se ampara el derecho de presunción de licitud. Asimismo, invita a hacer una interpretación extensiva de lo indicado; ya que si bien este artículo refiere al derecho administrativo sancionador, no es menos válido que haga referencia al derecho administrativo per se. En ese sentido, en su fundamento 39 expone lo siguiente:

(...) queda claro que es razonable hacer extensivo el derecho a la presunción de ino-

cia al ámbito administrativo, presumiéndose la licitud a los actos protagonizados por los postulantes para contratar con el Estado, quienes no pueden ser descalificados a priori o excluidos de los procesos de contratación del Estado por el solo vínculo de parentesco con altos funcionarios del Estado en un ámbito que abarca a todas las entidades públicas. (...) Siendo así, a juicio de este Colegiado, a través de la norma bajo análisis también se amenaza el derecho a la presunción de inocencia en el presente caso, en su faceta administrativa, es decir, respecto al derecho a la presunción de licitud de la conducta de los ciudadanos.

Así, se puede apreciar que el análisis del Tribunal tiene como norte una interpretación constitucional de la normativa, que no hace más que analizar las ya mencionadas teniendo en cuenta la finalidad con la que fueron creadas y, sobre todo, considerando a la persona como sujeto de derecho, es decir a quien se aplican estas normas, las que en ninguna circunstancia deberían menoscabar el núcleo central de los derechos fundamentales.

Aunque este análisis ahora realizado por el Tribunal Constitucional genera luces en el camino, existen autores como Martínez (2015), quien, ya desde el año 2015 emitía una opinión crítica sobre los impedimentos establecidos en la derogada normativa (que esencialmente son iguales a los vigentes) y mencionaba que, a este nivel, la lógica ya no está tan clara y alguien podría preguntarse si finalmente quedaría algún ciudadano del Perú en aptitud de ser proveedor del Estado (p. 311).²

2 Martínez, M. Proveedores, impedimentos y Tribunal de Contrataciones del Estado. Reflexiones sobre la posición del Tribunal de Contrataciones del Estado respecto de quien puede y quien no puede ser proveedor del Estado. *Derecho & Sociedad* núm. 45 (2015); 307-313.

Todo ello da paso a cuestionarnos si es que es el momento para que la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, pase a una revisión minuciosa y exhaustiva, en la que se determine —como ya hemos notado— que en definitiva contiene falencias que, en mu-

chas ocasiones, afectan la esfera de acción de los sujetos de derecho —postores y proveedores—, en la medida que dichos impedimentos resultan limitantes y restrictivos, afectando así el ejercicio de sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución.

