

# ¿PUEDE EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO REALIZAR EL CONTROL DIFUSO DE LAS NORMAS LEGALES MEDIANTE ACUERDOS DE SALA PLENA?

Victoria Raquel Pérez Aguilar<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente artículo pretende analizar la posibilidad de que el Tribunal de Contrataciones del Estado pueda realizar control difuso de las normas legales, específicamente de la norma de contrataciones del Estado, materializando este control a través de los acuerdos de Sala Plena. Este análisis se realiza a partir de la emisión del acuerdo de Sala Plena 003-2021/TCE, del 19 de marzo de 2021, que modifica el criterio interpretativo plasmado en el acuerdo de Sala Plena 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 TUO de la Ley 30225, para el ejercicio de la docencia.

**Palabras clave:** Control constitucional, actividad sancionadora, Estado constitucional de derecho.

## ABSTRACT

This article seeks to analyze the possibility that the Hirings Court of the State may perform diffused control of the legal norms, specifically of the State Hirings norm, materializing said control through the agreements of Sala Plena. Said analysis is performed since the emission of the agreement of Sala Plena 003-2021/TCE dated March 19th, 2021, that modifies the interpretative criteria embodied in the agreement of Sala Plena 08-2020/TCE related to the reach of the impediments established in the literals a), b), c), d) and e) of numeral 11.1 in article 11 of TUO from law 30225, for the practice of teaching.

**Keywords:** Constitutional control, sanctioning activity, Constitutional State of Law.

<sup>1</sup> 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, capacitador 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

Para cumplir con el objetivo del análisis del presente artículo, se hace necesario introducirnos en conceptos fundamentales tan importantes como la definición del control constitucional (control difuso y control concentrado), a fin de proceder a darnos respuestas a las siguientes interrogantes: ¿Nuestra Constitución permite realizar control constitucional de las normas legales?, ¿Quiénes pueden realizar el control constitucional? Veamos.

### ¿Qué es el control constitucional (control difuso y control concentrado)?

El control constitucional verifica si las leyes emitidas en un determinado país, contradicen o contravienen a su Constitución. Este control es necesario en cualquier sistema jurídico, para garantizar la eficacia del principio de supremacía constitucional.

A su vez, el Principio de Supremacía Constitucional postula la obligación de ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico, pues la Constitución es considerada como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico.

En la doctrina, podemos advertir la existencia de dos tipos de control constitucional de las normas: i) el control concentrado y ii) el control difuso, dicho control dependerá de cuál sea el órgano al cual la Constitución encargue esta labor.

Así, tenemos qué se denomina control concentrado (asiático o europeo), porque se crean órganos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes. Se denomina control difuso (americano), porque cualquier operador del derecho, en caso de conflicto entre una norma

de superior jerarquía con otra de inferior jerarquía, debe preferir la norma de mayor jerarquía normativa al resolver un caso en concreto.

Al respecto, nuestra Constitución ampara la posibilidad de efectuar ambos controles. En este punto es importante recordar que el control difuso y el control concentrado no son incompatibles. Sin embargo, son diferentes en cuanto al órgano que puede realizar este control y en cuanto a sus efectos, pues en el sistema concentrado la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley deroga la ley inconstitucional, mientras que en el control difuso el órgano que debe resolver inaplica la ley inconstitucional al caso concreto del que está conociendo, pero la norma queda vigente.

Queda claro entonces que en el Perú existe un sistema mixto de control constitucional desde la Constitución de 1979, cuando se sentaron las bases del método difuso de justicia constitucional y, además, según el modelo español, se creó un tribunal de garantías constitucionales, dotado de poderes concentrados de control de la Constitución que la reforma de la Constitución de 1993 ha convertido en Tribunal Constitucional.

En cuanto al control difuso, es la Constitución de 1979 la que establece el control difuso en forma genérica en el artículo 87<sup>2</sup> y en forma específica para el Poder Judicial en el artículo 236<sup>3</sup>.

La Constitución de 1993 establece el control difuso en sus artículos 51 y 138 conforme se advierte del siguiente texto:

2 Artículo 87.- La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal.

3 Artículo 236.- En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.

Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 51. «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

Artículo 138. «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior».

A su vez, el Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, el 28 de mayo de 1993, en el artículo 14, establece la forma de proceder de los jueces, al aplicar el control difuso, disponiendo que las sentencias de primera y segunda instancia, si no son impugnadas, se elevarán en consulta a la Corte Suprema de la República.

### ¿Quiénes pueden realizar el control difuso?

Uno aspecto motivo de controversia es determinar si un ente administrativo tiene o no facultades para hacer control difuso de las normas legales, de manera que pueda establecer en qué casos podría no aplicar la norma infraconstitucional.

Nuestro sistema constitucional permite que la magistratura nacional pueda ejercer el control de las normas legales, ya sea mediante el control concentrado o el control difuso. El primero entendido como la facultad exclusiva del Tribunal Constitucional, de no aplicar la norma cuando en un caso concreto encuentra que ésta contraviene principios fundamentales consagrados en la Constitución o los derechos fundamentales establecidos por la legislación

internacional, encontrándose facultado para derogar dicha norma y expulsarla del ordenamiento legal.

En cambio, el segundo, o sea el control difuso, se entiende como la facultad exclusiva del juez cuando en cada caso concreto decide inaplicar una norma por inconstitucional.

### ¿La administración pública puede realizar control difuso?

La administración pública nace con una clara dependencia del principio de separación de poderes y como consecuencia de la diferenciación de funciones entre los mismos. Es consecuencia de la conjunción de tres ideas: la legalidad que pretende sustituir el poder absoluto y arbitrario del príncipe; la ley como expresión de voluntad general de la que dimana su legitimidad; y la estructuración del Estado en los tres poderes (Legislativo, Judicial y Ejecutivo)<sup>4</sup>.

En concordancia con el principio de separación de poderes, se igualó el concepto de administración pública al Poder Ejecutivo. Sin embargo, ya con el paso de los años, la doctrina ha coincidido en señalar que la administración desempeña funciones que van más allá de las meramente ejecutivas.

Así, el jurista Guzmán Napurí elabora una interesante clasificación de las actividades de la administración pública, para dilucidar la heterogeneidad de la función administrativa. Las más resaltantes son:<sup>5</sup>

- a) Actividad normativa, que consiste en la emisión de normas jurídicas de rango secundario, es decir, inferior al de la ley [...]. Esta actividad de

<sup>4</sup> Abruña Puyol, 2010: 35.

<sup>5</sup> Guzman Napuri, Christian - Procedimiento Administrativo General. Lima: Instituto Pacífico, 2020, p. 38 y ss.

la administración pública no implica una intromisión en la función legislativa otorgada originariamente al Parlamento, puesto que la actividad normativa de la administración siempre va a implicar la emisión de normas de rango inferior a la ley y subordinadas a esta.

b) Actividad sancionadora, la cual goza de especial singularidad puesto que permite a la administración sancionar a los particulares por la comisión de determinadas infracciones, las mismas que no poseen la calificación de delitos. Esta actividad no implica impartir justicia toda vez que la administración no penaliza delitos ni puede aplicar penas privativas de libertad; pudiendo su decisión ser revisada posteriormente por el poder judicial a través del proceso contencioso administrativo.

c) Actividad cuasi jurisdiccional, por la cual la administración pública se encarga de resolver controversias entre particulares o entre otros y otras entidades del estado a través del empleo del denominado procedimiento administrativo tripartito cuyo resultado es susceptible de revisión por parte del Poder Judicial.

Como se aprecia, la Administración Pública tiene sus propias actividades y funciones, las que la diferencian de los otros poderes del Estado.

Hace muchos años se cuestionó la posibilidad de que, debido a que vivimos dentro de un Estado constitucional de derecho (donde la Constitución es norma primera y vinculante de todo el ordenamiento jurídico), la administración pública podía ejercer el control constitucional de las leyes que, a su consideración, no armonicen con los preceptos constitucionales. Es decir, que prefiera la Constitución por encima de la ley.

La referida discusión originó que se cuestione el significado del principio de legalidad, y se genere toda una controversia jurídica que hasta hoy no ha arribado a un consenso pleno. Este tema fue más que una mera discusión doctrinal. El control difuso a cargo de la ad-

ministración se hizo más fuerte o tomó una postura más real cuando el supremo intérprete (Tribunal Constitucional) decidió instaurarlo como precedente vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la sentencia del Expediente 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005<sup>6</sup>.

Este pronunciamiento generó las más diversas reacciones, pues fue —y es— tan aplaudido como cuestionado. Por este acalorado debate de opiniones sobre el tema casi ocho años después, desde el 18 de marzo de 2014, el propio Tribunal Constitucional emitió una sentencia en el Proceso de Amparo 04293-2012-PA/TC, cuya especial importancia radica en la eliminación del precedente vinculante mencionado.

Así vemos cómo ha evolucionado la doctrina y el derecho en el análisis de lo dispuesto por la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su artículo IV, inciso 1.1, del Título Preliminar, que dispone que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho. Habría dado la posibilidad a la administración pública en general, la facultad y obligación de preferir la Constitución frente a la ley y la ley frente a las normas de inferior jerarquía, en el caso de que tales normas sean contradictorias, al momento de resolver un caso concreto.

6 «Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 28, 51 y 138 de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución». Véase fundamento 50 del Expediente 3741-2004-AA/TC.

Se consideró que el control difuso había sido delegado a la administración pública mediante el precedente vinculante emitido en la sentencia concerniente al Expediente 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional aclaró este panorama con la STC 04293-2012-PA/TC, que dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 003-741-2004-PA/TC. Fue claro en señalar que un ente administrativo no puede ejercer control difuso de la norma legal, pues, por un lado, no se trata de tribunales que ejercen función jurisdiccional derivada de la propia administración de justicia que ejerce el Poder Judicial, y, por otro, porque de ser así se estaría contraviniendo el mandato expreso previsto en el artículo 236 de la Constitución.

Ahí se establece que todo magistrado que decide inaplicar una norma jurídica debe necesariamente, y bajo responsabilidad, elevar en consulta su decisión hacia el máximo intérprete de la Constitución. Ello, evidentemente, no puede hacer un ente administrativo, porque, al decidir la inaplicación de la norma, no cuenta con un marco jurídico que le permita elevar en consulta su decisión debido a que no se trata de una controversia de carácter jurisdiccional.

Así, la administración pública no puede ejercer el control difuso de las normas o decidir su no aplicación por considerarlas contrarias al ordenamiento jurídico, pues es una función que no le corresponde.

Entonces, ¿qué debería hacer la administración pública en el supuesto de que estuviese conociendo un procedimiento administrativo (sancionador por ejemplo) y advierte de la existencia de una ley o norma con rango de ley contraria al texto constitucional (como aparentemente habría sucedido con el artículo

de la Ley de Contrataciones referido a los impedimentos)? Además, ¿cómo debería actuar la administración si, luego de haber sometido preliminarmente esta norma legal al test de constitucionalidad, considera que esta es contraria a la Constitución y a sus principios?

Al no tener la facultad para inaplicar normas que considera inconstitucionales (control difuso), deberá pronunciarse por la suspensión del procedimiento administrativo y elevarlo al órgano jurisdiccional competente para que resuelva sobre la inaplicación de la ley al caso concreto. De prosperar la inaplicación de la ley, la autoridad administrativa deberá dejar sin efecto la suspensión. Luego, deberá decidir y emitir la respectiva resolución administrativa sobre el petitorio del administrado. Ello solo podrá suceder si la norma que regula el procedimiento administrativo fuera modificada en ese sentido y permitiera a la administración tales actuaciones, propuesta ya realizada por cierto por algunos juristas peruanos.

Cuando nos referimos al famoso test constitucional en un primer momento por parte del órgano administrativo, nos referimos a que en efecto la administración, dentro del procedimiento administrativo, debe examinar preliminarmente la constitucionalidad del texto legal, el encuadramiento de la ley a los valores, principios e institutos prescritos en la Constitución y, producto de ese análisis, deberá motivar la resolución de suspensión del procedimiento de ser el caso.

### **El Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) como administración pública**

El Tribunal de Contrataciones es el órgano resolutorio que forma parte de la estructura ad-



ministrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). La normativa de contrataciones señala que el Tribunal tiene plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y le atribuye las siguientes funciones: a) resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las entidades, los participantes y los postores durante el procedimiento de selección y los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco, manteniendo coherencia entre sus decisiones en casos análogos; b) aplicar las sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores de obra, según corresponda por infracción de las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado.

La norma de contrataciones del Estado señala en su artículo 59.1 que:

Mediante acuerdos adoptados en Sala Plena, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria, el Tribunal de Contrataciones del Estado interpreta de modo expreso y con carácter general las normas establecidas en la presente Ley y su reglamento.

Como se advierte, la norma de contrataciones con el Estado faculta al Tribunal de Contrataciones a la interpretación de las normas establecidas en la referida ley, debiendo realizar esta interpretación mediante la adopción de acuerdos de sala plena.

A su vez, el artículo 130 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado señala que, mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la ley y el reglamento, los cuales constituyen precedentes de observancia obli-

gatoria que permiten al Tribunal mantener la coherencia de sus decisiones en casos análogos. Estos acuerdos, precisa la norma, deben ser publicados en el diario oficial *El Peruano* y en el portal institucional del OSCE debidamente sistematizados.

El artículo añade que 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.

En relación a los precedentes de observancia obligatoria en sede administrativa, debemos señalar que —según lo señalado por Diez Picasso— el precedente administrativo es «aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares»<sup>7</sup>. Esto se realiza para condicionar de cierta forma el futuro accionar de la administración conforme al accionar que se tiene en el presente (al momento de emitir el precedente), lo que permite afirmar que la administración pública establece una consecuencia jurídica frente a un supuesto de hecho, el cual no podrá dejar de lado si concurrieran en el futuro los elementos objetivos suficientes de identidad con el caso presente.

El precedente administrativo encuentra justificación en el principio de igualdad de los administrados o equidad en el trato, pues la finalidad del precedente será que los administrados deberán ser tratados igualmente cuando se encuentren en supuestos semejantes.

En la Ley 27444, Ley que Regula el Procedimiento Administrativo General (LPAG), en-

<sup>7</sup> Diez Picasso, 1982: 7.

construimos dos artículos referidos a los precedentes administrativos. En los artículos 2.8 y 2.9 del artículo V, Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se señala que los precedentes pueden provenir de: a) resoluciones emitidas por la administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas; y b) de los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor debidamente difundidas.

En el numeral 1 del artículo VI del Título Preliminar de la LPAG, se lee: «Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma». Se observa entonces que, en efecto, el Tribunal de contrataciones está facultado mediante la Ley del Procedimiento Administrativo General y propiamente mediante la Ley de Contrataciones, a emitir precedentes de observancia obligatoria mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena.

La pregunta que surge de toda esta explicación es: ¿podría el Tribunal de Contrataciones, mediante un acuerdo de sala plena, adoptar un criterio interpretativo que suponga la no aplicación de una norma por considerarla no arreglada al marco constitucional? Pienso que no, pues, al hacerlo, estaría realizando un control difuso de normas que no le está permitido como administración pública. En este senti-

do, analizaremos lo decidido por el Tribunal de Contrataciones en el acuerdo de Sala Plena 03-2021/TCE.

### **Analizando el Acuerdo 03-2021/TCE, suscrito por el Tribunal de Contrataciones del Estado**

El 19 de marzo del 2021, el Tribunal de Contrataciones suscribió el Acuerdo 03-2021/TCE, que rectifica el Acuerdo 08-2020/TCE, del 28 de agosto de 2020.

Recordemos que, mediante los acuerdos de Sala Plena, el Tribunal de Contrataciones interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la ley y el reglamento según las atribuciones conferidas en la Ley de Contrataciones con el Estado.

Antes de analizar el Acuerdo 03-2021-TCE, recordemos que el Tribunal de Contrataciones, mediante el Acuerdo 08-2020/TCE, interpretó el alcance de los impedimentos establecidos en los literales del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley 30225<sup>8</sup>, para el ejercicio

8 Artículo 11. Impedimentos

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 de la presente Ley, 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...
- b) Los ministros y viceministros de Estado.
- c) Los gobernadores, vicegobernadores y consejeros de los gobiernos regionales.
- d) Los jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los alcaldes y los regidores.
- e) Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, y los gerentes de las empresas del Estado.

de la docencia. Se establecieron los siguientes criterios:

1. Para la configuración de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, 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, comprende 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, incluidas las contrataciones a las 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 administrativo de servicios, para dicho efecto, no configura la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50, del artículo 50 de esta ley consistente en contratar con el Estado estando impedido.
3. Las conductas infractoras debidamente calificadas, 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.

El referido criterio se relaciona con la posición que deberán tomar las diferentes salas que forman en Tribunal de Contrataciones frente a

futuros procedimientos administrativos sancionadores donde se discuta la comisión de las infracciones cometidas por los proveedores del Estado por la configuración de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, consistente en «contratar con el Estado estando impedido».

El criterio referido consistió en señalar que cuando la norma de contrataciones alude los impedimentos para contratar con el Estado (situaciones establecidas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE), comprende 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, incluidas las contrataciones a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la misma, excluido solo al contrato administrativo de servicios en los casos en los que, por norma especial, se permita a los funcionarios mencionados en los literales a), b), c), d) y e), ejercer la labor de docencia.

En tal sentido, cuando uno se estuviese frente a un procedimiento administrativo sancionador de algún funcionario que estando autorizado por ley especial a ejercer la labor de docencia, suscriba un contrato administrativo de servicios, este funcionario no se haría acreedor de alguna sanción, pues no se estaría configurando el tipo administrativo referido a contratar con el Estado estando impedido.

Sin embargo, este criterio adoptado por el Tribunal de Contrataciones plasmado en acuerdo de sala plena fue modificado por el Acuerdo 03-2021/TCE, que textualmente dispone 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 30225, Ley de Contrataciones del Estado, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando esta 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 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*.

En este nuevo acuerdo, la Sala plantea 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 LCE, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando esta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios; es decir, modifica el acuerdo anterior y analiza la finalidad de los impedimentos que regula la norma de contrataciones para señalar que, cuando la norma de contrataciones señala que los funcionarios comprendidos en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE, están impedidos para realizar cualquier contratación con el Estado, no se está refiriendo a la labor docente, sea cual sea su modalidad de contratación. Es decir, tanto cuando esta se ejerce bajo un régimen laboral como el de locación de servicio.

Aquí recordemos la literalidad de la norma de contrataciones al tratar los impedimentos, la que señala: «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 de la presente Ley, las siguientes personas...».

La norma no señala alguna exclusión respecto de este impedimento para los funcionarios se-

ñalados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE, siendo que a los referidos funcionarios se les atribuye un impedimento total.

Es importante resaltar que el Acuerdo 03-2021/TCE motivó discordia de los vocales Héctor Inga Huamán, Carlos Quiroga Periche, Cecilia Ponce Cosme y Annie Pérez Gutiérrez, quienes sostienen que, para garantizar el adecuado y eficiente uso de los fondos, deben observarse los principios que inspiran la contratación pública enumerados en el artículo II de la TUO de la Ley 30225, entre ellos los principios de libertad de concurrencia, de transparencia, de eficacia y de eficiencia, en la medida que su aplicación determinará la selección de los proveedores que en las mejores condiciones de calidad, precio y oportunidad colaboraran con el Estado en la búsqueda de la satisfacción del interés público.

Además, la observancia de tales preceptos permitirá evitar situaciones de privilegio, ventajas y direccionamientos indebidos de ciertos proveedores, así como conflictos de intereses que puedan producirse en autoridades que a su vez pueden tener la condición de proveedores del Estado. Los referidos vocales, tras cuestionar el criterio en mayoría, sostuvieron:

Es cierto que el ordenamiento jurídico nacional debe ser aplicado e interpretado de manera integral, pero también de manera concordante, lo cual 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 analizará un contrato regulado por la primera.

En suma, el criterio que sostienen los vocales en minoría tiene diferencia en la razón de la

ley referida a los impedimentos para contratar con el Estado, por lo que ratifican los criterios interpretativos del Acuerdo 08-2020 TCE.

En el presente caso, mediante el Acuerdo 003-2021 del Tribunal de Contrataciones, se estaría cuestionando lo regulado en la Ley de Contrataciones mediante el artículo 11, específicamente en lo regulado del literal a) al e), pretendiendo señalarse que los referidos literales estaría limitando a determinados funcionarios, de su derecho constitucional de ejercer su labor docente. Recordemos que estos literales señalan que los funcionarios contemplados por dichos literales están impedidos de contratar con el Estado, debiendo precisarse que este impedimento es absoluto. Es decir, se aplica en todo el Estado peruano.

Al margen de la posición en relación con el impedimento en sí, lo que debe cuestionarse es el intento del Tribunal de Contrataciones de realizar un control difuso de la norma de contrataciones, debiendo ser lo correcto que se proponga un cambio legislativo y se modifiquen no solo el impedimentos relacionado con los altos funcionarios para ejercer la labor docente, sino en su conjunto la totalidad de impedimentos señalados en la norma para contratar con el Estado.

Así, debe realizarse un análisis bastante crítico de cada impedimento y no usar la figura de «criterio» para pretender no aplicar la norma de contrataciones a los supuestos que el Tribunal considere adecuado según su criterio, pues no se encuentran autorizados a realizar una suerte de control difuso de la normas, en virtud de lo establecido en la STC 04293-2012-pa/TC, que dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 003-741-2004-PA/TC.

Es importante citar la Sentencia 1087/2020, del 31 de diciembre de 2020, emitida por el Tri-

bunal Constitucional en el Expediente 03150-2017-PA/TC, en cuya sentencia se analiza la demanda de amparo interpuesta por Domingo García Belaúnde, hermano de un congresista, quien indicó que uno de los impedimentos, que le comprendía por su grado de consanguinidad, vulneraba su derecho a la libre contratación y a la presunción de inocencia.

Solo como un recordatorio tenemos que la acción de amparo<sup>9</sup> es una garantía constitucional, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

En el referido proceso constitucional, tras un análisis exhaustivo del máximo intérprete de la Constitución, se lee:

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:

Tras advertirse que la aplicación del impedimento de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas na-

<sup>9</sup> Constitución Política del Perú de 1993, artículo 200, inciso 2.

turales 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.

Fíjese cómo en esta sentencia el Tribunal Constitucional realiza el control difuso de la norma, en este caso del impedimento referido a los parientes hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad de las personas naturales como los congresistas, pues esta labor se encuentra encomendada al Tribunal Constitucional, encontrándose facultado para realizar tal inaplicación de las normas por considerar que atentan contra principios constitucionales fundamentales; prerrogativa que no ha sido ampliada al Tribunal de Contrataciones.

En el caso que amerita el presente artículo, el Tribunal de Contrataciones se centra en analizar el impedimento referido a que los funcionarios comprendidos en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, están prohibidos de contratar con el Estado de una manera absoluta, como lo establece textualmente la norma, que señala que los referidos funcionarios no pueden contratar con ninguna entidad pública. Sin embargo, el Tribunal, mediante el acuerdo de sala plena, dispone que «dicho impedimento, no es extensible a su labor docente, tanto cuando esta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios».

Encuentro razonable este argumento, pues los impedimentos deben ser menos agresivos con la libertad contractual de los proveedores del Estado. Sin embargo, lo que sí llama la atención es que en el voto en mayoría se haya decidido ha-

cer una interpretación para establecer un criterio que afecta el principio de imposibilidad del ejercicio de control difuso por parte de la administración pública, al existir pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, que, dejando sin efecto su precedente vinculante, prohíbe a la administración ejercer control difuso de las normas infraconstitucionales.

La interpretación constitucional en sede de la administración pública ha sido desarrollado ampliamente por el Tribunal Constitucional, en los diversos procesos de amparo y otros procesos (cumplimiento, *habeas data*), presentados en contra de órganos y entidades de la administración.

Esta facultad obedece a la función de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de la administración pública. La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional debe estar acorde a lo establecido en el artículo V, del título preliminar del Código Procesal Constitucional, en que el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos en los procesos regulados deben interpretarse según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, las decisiones adoptadas en los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

## CONCLUSIONES

Lo establecido del literal a) al e) del artículo 11 del TUO de la Ley 30225 no constituye contravención a las disposiciones constitucionales y legales especiales que permiten que algunos funcionarios comprendidos dentro de los impedimentos señalados en los literales preceden-

tes ejerzan la docencia, sino que, los referidos incisos solo constituyen una limitación (que, por cierto, merece un exhaustivo análisis) para cuando la actividad de la docencia se realice o se pretenda realizar en instituciones públicas mediante un contrato bajo el ámbito de aplicación y supervisión de la Ley de Contrataciones del Estado, en la medida que el impedimento expresamente no admite excepciones y se trata de funcionarios que tienen un impedimento total.

En esta línea, la normativa de contratación pública establece un impedimento absoluto o total para los funcionarios comprendidos del literal a) al e) del artículo 11, encontrándose prohibidos para contratar con entidades públicas, no habiéndose establecido excepción alguna, excepción que se pretende establecer mediante el acuerdo de sala plena que amerita el presente artículo (Acuerdo 003/2021/TCE).

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.

Esta 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 señaló, 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.

Por último, considero que mal hace el Tribunal de Contrataciones en establecer estos tipos de excepciones, pues solo se dirige a beneficiar a los altos funcionarios, haciendo la norma más flexible permitiendo con este criterio tan amplio irregularidades en la contratación pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRUÑA PUYOL, ANTONIO (2010). *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra.
- DIEZ PICASSO, LUIS (1982). «La doctrina del precedente administrativo». *Revista de Administración Pública*, número 98.