

OPINIÓN N° 012-2022/DTN

Solicitante: Grupo de Análisis para el Desarrollo - GRADE

Asunto: Aplicación de impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista.

Referencia: Formulario S/N de fecha 01.FEB.2022 – Consultas del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal del Grupo de Análisis para el Desarrollo – GRADE, el señor Ignacio Franco Temple, formula varias consultas referidas a la aplicación de los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procesos de contratación organizados por las Entidades Públicas.

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 en términos genéricos y vinculadas 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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE “Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la tercera consulta no versa sobre la interpretación de alguna disposición de la normativa de Contrataciones del Estado, sino busca que el OSCE determine cómo debe interpretarse conceptos, tales como “ámbito de la Entidad” de acuerdo a la ley orgánica de determinada entidad; por tal motivo, dicha consulta no podrá ser absuelta en la presente opinión.

modificatorias².

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Lo dispuesto en el literal j) del numeral 11.1 de la Ley de Contrataciones del Estado alcanza a los cónyuges de los miembros de los órganos colegiados de los organismos constitucionalmente autónomos, a los que hace referencia el literal a) del citado numeral, que participan como asociados en una persona jurídica sin fines de lucro?”

2.1.1. En principio, cabe indicar que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en ésta pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Dicho lo anterior, cabe indicar que entre los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, se encuentra aquel recogido en el literal a) del numeral 11.1, por virtud del cual no pueden ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado, los siguientes sujetos y en el siguiente ámbito y tiempo: “(...), 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”.

Por su parte, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, independientemente del régimen de contratación aplicable: “h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:

- (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; (...). (El énfasis es agregado).

Así, atendiendo la consulta formulada, de acuerdo con los dispositivos legales citados, se puede concluir que tanto los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos como sus correspondientes cónyuges se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas en todo proceso de contratación que lleven a cabo las Entidades a nivel nacional y hasta doce (12) meses después de que el miembro del colegiado del Organismo Constitucional Autónomo correspondiente dejó el cargo.

2.1.2. Por otro lado, debe indicarse que la Ley también restringe el derecho de participar en los procesos de contratación organizados por las Entidades a determinadas personas jurídicas que se encuentran vinculadas con personas naturales impedidas. En relación con ello, y con ocasión de la consulta formulada, cabe mencionar el impedimento contemplado en el literal j) del numeral 11.1 del artículo 11, según el cual no pueden

² La última modificación al Decreto Supremo N° 344-2018-EF ha sido realizada mediante el Decreto Supremo N° 162-2021-EF, publicado el 26 de junio de 2021.

de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas "En el ámbito y tiempo establecido para las personas señaladas en los literales precedentes [se refiere a los literales del a) hasta el i)]³, 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 proceso". (El énfasis es agregado).

Conforme la disposición legal citada, se puede inferir que se encontrarán también impedidas aquellas personas jurídicas sin fines de lucro, en las que participen -dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección- como asociadas o miembros de su consejo directivo aquellas personas naturales que por ley se encuentran impedidas. El alcance del impedimento para la persona jurídica será el mismo que resulte aplicable a la persona natural que participa en ella.

De este modo, se puede concluir que se encontrará impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista, aquella persona jurídica sin fines de lucro, en la cual participe o hubiese participado (dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección), como asociado o miembro de su consejo directivo, el cónyuge de un miembro de un órgano colegiado de un Organismo Constitucional Autónomo. Este impedimento para la persona jurídica será aplicable para todo proceso de contratación a nivel nacional y hasta doce (12) meses después desde que el miembro del órgano colegiado del Organismo Constitucional Autónomo dejó el cargo.

Mencionado lo anterior, atendiendo a la consulta planteada, cabe aclarar que -en estricto- el impedimento contemplado en el literal j) del numeral 11.1 del artículo 11, no es aplicable propiamente al cónyuge de los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, sino que se aplica a la persona jurídica sin fin de lucro en la que dicho cónyuge participa o hubiese participado (dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección) como asociado o miembro del consejo directivo. Cabe añadir, que este impedimento para la persona jurídica será aplicable para todo proceso de contratación a nivel nacional y hasta doce (12) meses después desde que el miembro del órgano colegiado del Organismo Constitucional Autónomo dejó el cargo.

No obstante, cabe resaltar que, el impedimento que sí logra alcanzar al cónyuge de los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, es el establecido por el literal h), del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley. Cabe reiterar que, este impedimento será aplicable para todo proceso de contratación a nivel nacional y hasta doce (12) meses después desde que el miembro del órgano colegiado del Organismo Constitucional Autónomo dejó el cargo.

- 2.1.3.** Expuesto el alcance de los impedimentos contemplados en los literales a), h) y j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, es menester señalar que estos dispositivos legales se encuentran vigentes, pues, no han sido derogados ni expresa ni tácitamente por alguna otra Ley, ni tampoco su inconstitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional⁴.

³ Nota agregada.

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”

Ahora, respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente Exp. N° 03150-2017-PA/TC, que se alude en los antecedentes de la presente consulta, cabe precisar que fue dictada en el marco de un proceso de amparo contra norma legal. En consecuencia, de conformidad con (i) lo establecido en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú⁵, (ii) con lo establecido en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional aplicable al caso⁶ y (iii) de acuerdo a la uniforme doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional⁷, dicha sentencia -si bien acogió la pretensión del demandante respecto de la inaplicación del impedimento contemplado en el literal h del artículo 11 de la Ley- sólo alcanza al caso concreto, esto es, no implica la inaplicación de la dimensión abstracta o general de los mencionados dispositivos legales.

2.2. “¿Una asociación civil sin fines de lucro, en donde uno de sus asociados es cónyuge de un miembro del órgano colegiado de un organismo constitucionalmente autónomo, se encuentra impedida de contratar con el Estado en el ámbito nacional o únicamente en el ámbito de la entidad en la que su cónyuge ejerce función?”

⁵ Respecto del amparo, la Constitución Política del Perú, artículo 200, inciso 2, segundo párrafo establece: “No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”. Respecto de esta máxima, el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias (como se verá en las ulteriores notas al pie) ha interpretado que el sentido constitucional del término debe ser que, en vía de amparo no puede cuestionarse la validez general de la norma.

⁶ En concordancia con la nota precedente, debe mencionarse que 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”

⁷ Sobre el particular, pueden considerarse las siguientes sentencias:

- 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 ésta 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 sólo es preciso que ésta, 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)

Tal y como se indicó al absolver la consulta anterior, de la lectura conjunta de los literales a), h) y j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se puede concluir que se encontrará impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista, aquella persona jurídica sin fines de lucro, en la cual participe o hubiese participado (dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección), como asociado o miembro de su consejo directivo, el cónyuge de un miembro de un órgano colegiado de un Organismo Constitucional Autónomo. Este impedimento para la persona jurídica será aplicable para todo proceso de contratación a nivel nacional y hasta doce (12) meses después desde que el miembro del órgano colegiado del Organismo Constitucional Autónomo dejó el cargo.

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** De conformidad con los literales a) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se puede concluir que tanto los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos como sus correspondientes cónyuges se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas en todo proceso de contratación que lleven a cabo las Entidades a nivel nacional y hasta doce (12) meses después de que el miembro del colegiado del Organismo Constitucional Autónomo correspondiente dejó el cargo.
- 3.2.** De la lectura conjunta de los literales a), h) y j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se puede concluir que se encontrará impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista, aquella persona jurídica sin fines de lucro, en la cual participe o hubiese participado (dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección), como asociado o miembro de su consejo directivo, el cónyuge de un miembro de un órgano colegiado de un Organismo Constitucional Autónomo. Este impedimento para la persona jurídica será aplicable para todo proceso de contratación a nivel nacional y hasta doce (12) meses después desde que el miembro del órgano colegiado del Organismo Constitucional Autónomo dejó el cargo.

Jesús María, 23 de febrero del 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/cajs