

## **OPINIÓN N° 029-2022/DTN**

Solicitante: Aníbal Gonzalo Raúl Quiroga León

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

Referencia: Formulario S/N de fecha 11.ABR.2022 – Consultas del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

### **1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el señor Aníbal Gonzalo Raúl Quiroga León, formula una consulta referida 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. CONSULTA<sup>1</sup> 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 modificatorias<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Considerando los alcances vertidos en el informe legal adjunto al documento de la referencia, se puede advertir que el análisis que se exige hace referencia al acápite i) del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en tal sentido, el análisis de la presente Opinión se realizará bajo lo establecido en dicho precepto legal.

<sup>2</sup> 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.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

**2.1. “En cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) recaída en el Expediente N.º 03150-2017-PA/TC: ¿Es posible que las entidades de la Administración Pública en general reconozcan el efecto de jurisprudencia preferente de las Sentencias del Tribunal Constitucional e inapliquen -también- el Art. 11º, Inc. “f”, Num. (i), del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado para contratar con personas que tengan la condición de cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de personas distintas al presidente de la República y/o los altos funcionarios de la propia entidad?” (Sic)**

**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.

Así, entre estos los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, se encuentran aquellos recogidos en los siguientes literales del numeral 11.1, por virtud de los cuales no pueden ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado, los siguientes sujetos y en el siguiente ámbito y tiempo: 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”; y, 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 énfasis es agregado)

De los dispositivos citados, se puede inferir que la Ley, en custodia del interés público y de los principios que rigen las contrataciones del Estado, impide que **los más altos funcionarios del Estado** enlistados en los literales a) y b) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley -incluso funcionarios distintos al **Presidente de la República** - actúen como proveedores en los procesos de contratación que convocan las Entidades, estableciendo dos parámetros para la aplicación de dicho impedimento: el ámbito y el tiempo<sup>3</sup>.

Al respecto del ámbito de aplicación, el impedimento para tales funcionarios se extiende a todo proceso de contratación que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional; y, en virtud del tiempo, en el marco de los funcionarios impedidos por el literal a) dicho impedimento rige desde que estos asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo; mientras que en caso del literal

---

<sup>3</sup> En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 013-2019/DTN.

b) este impedimento subsistirá hasta (12) meses después de haber dejado el cargo, pero solo en el ámbito de su sector.

2.1.2. 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).

De los dispositivos citados anteriormente, corresponde señalar que el impedimento de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas en todo proceso de contratación que lleven a cabo las Entidades a nivel nacional alcanza tanto cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, en el mismo ámbito y tiempo de aplicación establecidos para la persona impedida con la que están vinculados según corresponda.

En ese sentido, del análisis conjunto de los literales a), b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se puede inferir que los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en los literales a) y b) del referido dispositivo se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, **en todo proceso de contratación que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional** (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado) mientras dichos altos funcionarios ejerzan el cargo. Una vez que lo han dejado y hasta doce (12) meses después de dicho momento, los mencionados familiares de los funcionarios contemplados en el literal a) seguirán impedidos para todo proceso a nivel nacional, mientras que los familiares de los funcionarios contemplados en el literal b) solo estarán impedidos en el ámbito de su sector.

2.1.2. Expuesto el alcance de los impedimentos contemplados en los literales a), b) y h) 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 Constitucional**<sup>4</sup>.

Ahora, respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente Exp. N° 03150-2017-PA/TC, que se alude en 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 Perú<sup>5</sup>, (ii) con lo establecido

<sup>4</sup> 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”

<sup>5</sup> Respecto del amparo, la Constitución Política del Perú, artículo 200, inciso 2, segundo párrafo establece:

en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional aplicable al caso<sup>6</sup> y (iii) de acuerdo a la uniforme doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional<sup>7</sup>, 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.

Asimismo, respecto de la posibilidad de que una Entidad inaplique los dispositivos contemplados en el artículo 11 en la Ley arguyendo una posible incompatibilidad de estos con la Constitución u otra circunstancia, debe mencionarse que las normas legales del ordenamiento jurídico nacional ostentan una presunción de constitucionalidad; en tal sentido, mientras dichos dispositivos no hayan sido derogados o su inconstitucionalidad no haya sido declarada mediante sentencia del Tribunal Constitucional, los funcionarios deben aplicarlos, de conformidad con el principio de legalidad que rigen el ejercicio de la Función Administrativa del Estado. Asimismo, cabe agregar que tanto el artículo VII del Código Procesal Constitucional, como el propio Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída

---

*“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.

<sup>6</sup> 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”

<sup>7</sup> 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)

en el Exp. N° 04293-2012-PA/TC (dictada por el pleno en modificación de un precedente vinculante) disponen que el control difuso de normas infraconstitucionales sólo puede ser ejercido por el Poder Judicial.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1.** Del análisis conjunto de los literales a), b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se puede inferir que los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en los literales a) y b) del referido dispositivo se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, **en todo proceso de contratación que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional** (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado) mientras dichos altos funcionarios ejerzan el cargo. Una vez que lo han dejado y hasta 12 meses después de dicho momento, los mencionados familiares de los funcionarios contemplados en el literal a) seguirán impedidos para todo proceso a nivel nacional, mientras que los familiares de los funcionarios contemplados en el literal b) solo estarán impedidos en el ámbito de su sector.
- 3.2.** Respecto de la posibilidad de que una Entidad inaplique los dispositivos contemplados en el artículo 11 en la Ley arguyendo una posible incompatibilidad de estos con la Constitución u otra circunstancia, debe mencionarse que las normas legales del ordenamiento jurídico nacional ostentan una presunción de constitucionalidad; en tal sentido, mientras dichos dispositivos no hayan sido derogados o su inconstitucionalidad no haya sido declarada mediante sentencia del Tribunal Constitucional, los funcionarios deben aplicarlos, de conformidad con el principio de legalidad que rige el ejercicio de la Función Administrativa del Estado. Asimismo, cabe agregar que tanto el artículo VII del Código Procesal Constitucional, como el propio Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC (dictada por el pleno en modificación de un precedente vinculante) han dispuesto que el control difuso de normas infraconstitucionales sólo puede ser ejercido por el Poder Judicial.

Jesús María, 25 de abril del 2022

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RVC/cajs/bdh.