

OPINIÓN N° 074-2022/DTN

Solicitante: Ministerio de Defensa

Asunto: Impedimentos previstos en los literales b) y h) del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley.

Referencia: a) Formulario S/N de fecha 25.AGO.2022 – Consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado.
b) Oficio N°03925-2022-MINDEF/SG

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Secretario General del Ministerio de Defensa, señor Javier Carmelo Ramos, formula una consulta referida a los impedimentos previstos en los literales b) y h) del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley.

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 Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la consulta planteada, para su absolución se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377-2019-EF y D.S N°162-2021-EF.

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

2.1. “(...) si en virtud de la aplicación del impedimento previsto en los literales b) y h) del numeral 11.1. del artículo 11 del TUO de la Ley N 30225, Ley de Contrataciones del Estado, se puede contratar al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo

grado de consanguinidad o afinidad de los Ministros y Viceministros, en entidades de la administración pública distintas al sector donde se ejercen los citados cargos.”

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 los referidos impedimentos se tiene el establecido en el literal b) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en virtud del cual no pueden ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas del Estado, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5¹ de la Ley, los siguientes sujetos y en el siguiente ámbito y tiempo: **“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)

Como se aprecia, se puede inferir que la Ley, en custodia del interés público y de los principios que rigen las contrataciones del Estado, impide que los Ministros y Viceministros 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 tiempo².

En tal sentido, los Ministros y Viceministros están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas de acuerdo a lo siguiente: i) Durante el ejercicio del cargo: En todos los procesos de contratación pública a nivel nacional y ii) Hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el cargo: En los procesos de contratación pública del sector del que fueron parte³.

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 o subcontratistas, independientemente del régimen de contratación aplicable: **“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)

Como se aprecia, 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

¹ “a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco”.

² En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 013-2019/DTN.

³ En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 262-2017/DTN.

consanguinidad o afinidad, en el mismo ámbito y tiempo de aplicación establecidos para la persona impedida con la que están vinculados según corresponda⁴.

En ese sentido, del análisis conjunto de los literales 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 Ministros y Viceministros del Estado, se encontrarán impedidos de ser participantes, postores, contratistas 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 ejerzan el cargo**. Una vez que lo han dejado y hasta 12 meses después de dicho momento, los mencionados familiares seguirán impedidos para todo proceso sólo en el ámbito del sector del que formaron parte los funcionarios comprendidos en el literal b), según corresponda.

2.1.3. En otro orden de ideas, respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 03150-2017-PA/TC, que se alude en el documento de la referencia b), 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

⁴ En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 029-2022/DTN.

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”. (El énfasis es agregado)

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**

acogió la pretensión del demandante respecto de la inaplicación del impedimento contemplado en el literal h) del numeral 11.1 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.** (El énfasis es agregado)

En ese sentido, cabe precisar que los dispositivos legales contemplados en los literales b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, 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 Constitucional⁸.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Del análisis conjunto de los literales 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 Ministros y Viceministros del Estado, se encontrarán impedidos de ser participantes, postores, contratistas 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 ejerzan el cargo. Una vez que lo han dejado y hasta 12 meses después de dicho momento, los mencionados familiares seguirán impedidos para todo proceso sólo en el ámbito del sector del que formaron parte los funcionarios comprendidos en el literal b), según corresponda.
- 3.2. Cabe precisar que los dispositivos legales contemplados en los literales b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, 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.

Jesús María, 14 de septiembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

PMR/csc

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)

⁸ 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”.