

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



“Informe Jurídico sobre la Sentencia del Tribunal
Constitucional N° 1087/2020”

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Abogada que presenta:

Alessandra Anthuanette Jaramillo Rojas

ASESOR:

Christian César Chocano Davis


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN CÉSAR CHOCANO DAVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1087/2020", del autor(a) ALESSANDRA ANTHUANETTE JARAMILLO ROJAS, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de julio del 2024

<u>CHRISTIAN CESAR CHOCANO DAVIS</u>	
DNI: 40988780	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7313-5745	

RESUMEN

El análisis del presente informe analiza la Sentencia N° 1087/2020 del Tribunal Constitucional (TC) del Perú recaída en el expediente N° 03150-2017-PA/TC, sobre la demanda de amparo interpuesta por Domingo García Belaúnde, quien solicitó la inaplicación del impedimento para contratar con el Estado contenido en el inciso f) del artículo 10 del DL N° 1017, hoy impedimento contemplado en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225.

El argumento central se basó en que el citado impedimento representaba una amenaza contra su derecho a la libertad de contratación, ya que impedía que este pueda participar de los procesos de contratación pública por ser pariente en segundo grado del Congresista de la República, Victor Andrés García Belaúnde.

El caso en concreto generó un debate en el Pleno del TC que llevó a que se declarara fundada la demanda, pero con varios votos singulares. En ese sentido, la sentencia analizó el ámbito de aplicación de impedimento, su proporcionalidad o desproporcionalidad frente al derecho de libertad de contratación y si debido a todos los cambios normativos se había producido una situación de sustracción de la materia.

Palabras clave

Contratación pública, ámbito de aplicación, parientes de Congresistas de la República, desproporcionalidad, sustracción de la materia.

ABSTRACT

The analysis of this report examines Judgment N° 1087/2020 of the Constitutional Court of Peru in case N° 03150-2017-PA/TC, concerning the writ of amparo filed by Domingo García Belaúnde. He sought the inapplicability of the impediment contained in Article 10, paragraph f) of Legislative Decree N° 1017, now stipulated as impediment (i) of Article 11.1, section h) of Law N° 30225.

The central argument was that the mentioned impediment posed a threat to his right to freedom of contract, as it prevented him from participating in public procurement processes due to being a first-degree relative of Congressman Víctor Andrés García Belaúnde.

This specific case sparked a debate within the full session of the Constitutional Court, leading to the ruling in favor of the petition but with several dissenting opinions. The judgment analyzed the scope of application of the impediment, its proportionality or disproportionality against the right to freedom of contract, as well as whether the legislative changes had led to a situation of mootness.

Keywords

Public procurement, Scope of application, Relatives of Congressmen of the Republic, Disproportionality, Mootness

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2 Presentación del caso	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	9
2.1 Antecedentes	10
2.2 Hechos relevantes del caso	12
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	17
3.1 Problema principal	17
3.2 Problemas secundarios	17
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	18
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	18
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	21
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	22
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	42

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	03150-2017-PA/TC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho administrativo Contrataciones con el Estado Derecho constitucional Procesal constitucional
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N° 01 de fecha 13 de abril de 2013. Resolución N° 02 de fecha 17 de junio de 2013. Resolución N° 11 (sentencia) de 29 de septiembre de 2014. Resolución N° 06 de fecha 01 de diciembre de 2016. Resolución N° 08 de fecha 21 de marzo de 2017. Sentencia N° 1087/2020.
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Domingo García Belaúnde
DEMANDADO/DENUNCIADO	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Constitucional
TERCEROS	-
OTROS	Ministerio de Economía y Finanzas Ministerio de Justicia

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

El Estado peruano requiere para su funcionamiento abastecerse de bienes, servicios y otros instrumentos a fin de satisfacer las necesidades públicas que presentan sus ciudadanos; no obstante, cuenta con recursos limitados, lo que genera que estos deban ser utilizados de manera eficiente con el objetivo de cubrir el mayor número de necesidades públicas.

En razón de ello, mediante Ley Orgánica N° 29158 del Poder Ejecutivo, se crearon once (11) Sistemas Administrativos, los cuales de acuerdo a su artículo 46 tienen como objetivo principal regular el manejo de los recursos de las entidades pertenecientes a la administración pública, con el fin de fomentar una utilización de recursos eficiente y eficaz.

Uno de los once (11) Sistemas Administrativos corresponde al Sistema Nacional de Abastecimiento (SNA) cuya base normativa se encuentra en el DL N° 1439, que establece a la Dirección de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas como ente rector. El SNA, de acuerdo con su artículo 4, contiene todas las normas y procedimientos para la provisión de bienes, servicios y obras por medio de las actividades de la Cadena de Abastecimiento Público.

Como parte de dicho sistema se encuentra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), organismo técnico especializado encargado de orientar y supervisar los procesos de contratación pública que realizan las entidades del Estado para la adquisición de bienes, servicios y obras, creado por DL N° 1017.

Actualmente, para participar en cualquier proceso de contratación pública es necesario cumplir ciertos requisitos, los cuales están contemplados en la Ley N° 30225, LCE y su Reglamento, aprobado con DS N° 344-2018-

EF¹. En ese sentido, de una revisión conjunta de los artículos 11 y 46 de la Ley N° 30225, se advierte que para ser proveedor del Estado y participar en los procesos de contratación pública es necesario contar con una inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no encontrarse inmerso en ninguno de los impedimentos para contratar con el Estado, entre los cuales se encuentran los parientes de hasta segundo grado de consanguinidad de funcionarios, como es el caso de los hermanos de Congresistas de la República.

Es en este contexto que se enmarca la Sentencia N° 1087/2020 del TC, pues en ella se tuvo como pretensión principal inaplicar el impedimento para contratar con el Estado contenido en el inciso f) del artículo 10 de la LCE, aprobado con DL N° 1017 y derogado por la Ley N° 30225. Ello, bajo el argumento de que el mencionado impedimento afectaba de manera desproporcionada el derecho constitucional a la libertad de contratación, entre otros.

Ahora bien, considerando la información antes brindada, el caso resulta relevante por los siguientes motivos: i) se trata de una norma que establece el mismo límite que tiene los funcionarios públicos a sus familiares para contratar con el Estado, ii) la posición del TC y la doctrina respecto a la interpretación y ámbito de aplicación del impedimento en mención no ha sido pacífica, iii) dicho impedimento ha sido objeto de modificaciones a lo largo de los años y, iv) recientemente, se ha publicado a través del Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 32069 - Ley General de Contrataciones Públicas, la cual presenta una nueva modificación al impedimento materia de discusión e incluye supuestos de inaplicación.

La complejidad del caso se fundamenta en que intervienen diferentes áreas del derecho, las cuales comprenden derecho administrativo,

¹ Cabe precisar que si bien se publicó la Ley N° 32069 en el Diario Oficial “El Peruano” el pasado 24 de junio, esta entrará en vigencia a partir de los 90 días calendario siguientes de la publicación de su reglamento, de acuerdo a lo establecido en la vigésima novena Disposición Complementaria Final.

contrataciones con el Estado, derecho constitucional y procesal constitucional. Asimismo, se trata de un caso en el que, como consecuencia del transcurso de los años, las modificaciones normativas y un cambio en el contexto político produjo un debate en el Pleno del TC sobre si había operado una situación de sustracción de la materia, lo que motivó que la sentencia materia de análisis cuente con varios votos singulares. Finalmente, no debe perderse de vista que la discusión sobre el ámbito de aplicación del impedimento en mención no ha sido pacífica, ya que existen argumentos que señalan que es razonable y otros, por el contrario, que representa un límite desproporcionado a derechos constitucionales de los familiares de funcionarios públicos como Congresistas de la República.

1.2 Presentación del Caso

La Sentencia N° 1087/2020 recaída en el expediente N° 03150-2017-PA/TC corresponde a una demanda de amparo presentada por Domingo García Belaúnde, hermano del ex congresista Víctor Andrés García Belaunde, en la cual se solicitó la inaplicación del impedimento para contratar con el Estado por tener una relación de parentesco con un funcionario público en el cargo, contemplado en el inciso f) del artículo 10 de la LCE, aprobado con DL N° 1017, hoy inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225 vigente.

Ello se justificó, según alegó el demandante, a que en el 2012 solicitó su inscripción en el RNP, la cual fue aprobada por el plazo de un año; no obstante, tras recibir una supuesta comunicación por parte del OSCE sobre una posible incompatibilidad para contratar con el Estado, debido a su relación familiar con un congresista, renunció a esta inscripción argumentando razones personales.

Posteriormente, en el año 2013, interpuso una acción de amparo contra el OSCE, argumentando que el impedimento contenido en el inciso f) del

artículo 10 de la LCE, aprobado con DL N° 1017 y derogado por la Ley N° 30225, vulneraba su derecho a la libertad de contratación, entre otros.

El proceso constitucional se extendió con diversas resoluciones judiciales y escritos de parte. Así, en primera instancia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declaró inicialmente inadmisibile la acción de amparo; sin embargo, luego de presentado el escrito de subsanación por parte de Domingo García Belaúnde decidió admitirlo a trámite y, posteriormente, declarar fundada la demanda.

En segunda instancia, la Segunda Sala Civil de Lima dispuso revocar la Sentencia expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, reformándola en improcedente, toda vez que la presunta amenaza y vulneración a los derechos alegados por Domingo García Belaúnde habrían cesado, debido a que el DL N° 1017 fue derogado por la entrada en vigencia de la Ley N° 30225, con lo cual se produjo la sustracción de la materia.

Frente a ello, Domingo García Belaúnde solicitó la nulidad de la Resolución de la Segunda Sala Civil de Lima, argumentando de que no operaba la sustracción de materia, ya que la nueva LCE todavía contemplaba el impedimento para contratar con el Estado a parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad. Al respecto, la Segunda Sala Civil de Lima declaró infundado el recurso de nulidad formulado y dispuso remitir al TC todo lo actuado.

De esta manera, en el año 2020 el TC falló a favor de Domingo García Belaunde, señalando como principales argumentos que el impedimento cuestionado no cumplía con el requisito de necesidad del test de proporcionalidad y que se estaba vulnerando el derecho de libertad de contratación y presunción de inocencia del demandante. No obstante, la decisión no fue unánime, ya que hubo cuatro (04) votos singulares.

Teniendo en consideración todo lo antes señalado, puede apreciarse que la principal discusión en el caso gira en torno al impedimento para contratar con el Estado contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, LCE. En particular, sobre cómo debe interpretarse el ámbito de aplicación del impedimento en cuestión y, a su vez, si dicho impedimento representa un límite desproporcionado al derecho de libertad de contratación de los parientes de los funcionarios públicos como es el caso de los hermanos de Congresistas de la República.

Otra de las cuestiones controvertidas que suscita el caso es el análisis de la sustracción de la materia, ya que durante el proceso constitucional hubo un cambio normativo y también un cambio en el contexto político que llevó a que el hermano del demandante – Victor Andrés García Belaúnde – pierda el cargo de congresista de la República. Sobre el particular, cabría cuestionarnos si, pese a que operó la sustracción de la materia, el TC podía pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

Siendo ello así, para el desarrollo de cada uno de los problemas jurídicos identificados, se realizará una revisión y análisis de la normativa de contrataciones con el Estado, las opiniones consultivas absueltas por el OSCE y la Dirección Técnico Normativa (DTN), jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones con el Estado; revisión de la Constitución Política del Perú, el código procesal constitucional, jurisprudencia del TC sobre sustracción de la materia y contenido de los derechos invocados en el caso, revisión de doctrina sobre impedimentos para contratar con el Estado, búsqueda de noticias y foros académicos sobre las implicancias de la publicación de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, Ley N° 32069 en relación al impedimento discutido, entre otros.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

El caso Domingo García Belaúnde inició en el año 2012, tiempo en el cual se encontraba vigente el DL N° 1017, Decreto Legislativo que aprobó la LCE y su Reglamento aprobado por el DS N° 184-2008-EF.

El DL N° 1017 establecía en su artículo 9 los requisitos para participar en procedimientos de contratación pública. Para ello, era necesario estar inscrito en el RNP, también no estar inmerso en ningún supuesto de impedimento para contratar con el Estado y tampoco encontrarse con una sanción vigente o estar inhabilitado.

En la misma línea, la norma antes citada establecía en su artículo 10 una lista de impedimentos aplicables a personas naturales y jurídicas quienes, de encontrarse en alguno de los supuestos normativos, estaban impedidos de contratar con el Estado.

En particular, el inciso f) del artículo 10 señalaba que en el caso de los parientes de hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, convivientes o cónyuges del Presidente de la República, Congresistas de la República y otros funcionarios, estas personas estaban impedidas para contratar con el Estado en ámbito de las funciones y por el plazo de doce (12) meses después de que el funcionario deje el cargo.

Posteriormente, en el año 2015, entró en vigencia la Ley N° 30225 y su Reglamento, aprobado mediante DS N° 350-2015-EF. Esta norma tuvo como principal objetivo cambiar el sistema de contrataciones públicas del país, introduciendo para ello principios que garanticen la eficiencia, transparencia y competencia en todos los procesos de contratación. Adicionalmente, también se buscó flexibilizar los procesos de contratación utilizados a fin de que estos sean más eficientes para la provisión de bienes, obras y servicios.

Esta nueva ley mantuvo en el inciso f) y artículo 11 el impedimento para contratar con el Estado en los mismos términos que inciso f) del artículo 10 del DL N° 1017. Es decir, contemplaba el impedimento para contratar con el Estado en el ámbito y tiempo establecido, en el caso de parientes hasta con el cuarto grado consanguinidad y segundo de afinidad de todos los funcionarios contenidos en el citado artículo.

La situación antes descrita tuvo un impacto en el caso materia de análisis, ya que este había iniciado con una demanda de amparo que pretendía la inaplicación del inciso f) del artículo 10 del DL N° 1017, el cual había sido derogado con la entrada en vigencia de la Ley N° 30225. Dicha situación, llevó a que, en segunda instancia, la Segunda Sala en lo Civil de Lima considerara que había operado la sustracción de la materia.

Aunado a ello, en el año 2017 se promulgó el DL N° 1341, que modificó una serie de artículos de la Ley N° 30225. Entre ellos, el artículo 11 que contenía el listado de impedimentos aplicables a las personas naturales y jurídicas que estaban impedidas de contratar con el Estado. Así, de la revisión del nuevo inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225 se advirtió un cambio normativo respecto al impedimento para contratar con el Estado en caso de parientes con consanguinidad.

Dicho cambio normativo reducía el límite para contratar con el Estado en caso de parientes consanguíneos, ya que ya no se limitaba la participación de parientes hasta con cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; sino que el límite fue reducido al segundo grado de consanguinidad y afinidad.

Adicionalmente, con el paso de los años, se produjeron nuevos cambios normativos con miras a fortalecer los procesos de contratación y reducir los casos de corrupción, como la aprobación del DS N° 056-2017-EF que modificó el Reglamento de la LCE. Asimismo, la aprobación de la Ley N° 30727, el DL N° 1444 que también modificó el inciso h) del artículo 1 de la Ley N° 30225, el DS N° 344-2018-EF, el DS N° 377-2019-EF, el DS N°

082-2019-EF que aprobó el texto único ordenado de la Ley N° 30225 y, la Ley N° 31050.

Todo ello, dentro de un contexto político incierto que caracterizó al Perú entre los años 2017 - 2019 y que resultó de gran relevancia para el análisis del TC por su relación con el caso en discusión.

Como es de nuestro conocimiento, entre los años 2017 y 2019, el país tuvo como presidente a Pedro Pablo Kuczynski, cuyo mandato concluyó con su renuncia en el año 2018 y Martín Vizcarra Cornejo, quien fue presidente desde marzo de 2018 hasta noviembre de 2020. Este último, disolvió el Congreso de la República en 2019, bajo el argumento de que se le negó la cuestión de confianza; situación que ha sido motivo de debate, pero que no se analiza en el presente informe.

Sin perjuicio de ello, la disolución del Congreso de la República trajo como consecuencia al caso materia de análisis, que el hermano del demandante - Victor Andrés García Belaúnde-, pierda su condición de congresista de la república y; por tanto, que el escenario de impedimento para contratar con el Estado por parte de Domingo García Belaúnde aplicable cambie durante el proceso de amparo.

2.2 Hechos relevantes del caso

A continuación, se presentan los principales hechos del caso.

1. En septiembre del 2012, García Belaunde presentó su solicitud de inscripción en el RNP, la cual fue aprobada por el OSCE por un periodo de vigencia de un año desde el 18 de septiembre de 2012 hasta el 18 de septiembre de 2013.
2. Con fecha 17 de octubre de 2012, García Belaunde remitió una carta notarial al OSCE con la finalidad de renunciar a su inscripción vigente en el RNP; ello en virtud de que, según alegó en la carta, la renuncia se debía a razones personales.

3. En ese contexto, a través del Escrito N° 01 de fecha 25 de marzo de 2013, García Belaúnde interpuso una acción de amparo contra el OSCE, manifestando, entre otros motivos, que la aplicación del inciso f) del artículo 10 de la LCE, aprobado con DL N° 1017 – hoy derogado – representaba una amenaza cierta e inminente contra su derecho a la presunción de inocencia, libertad de contratación, libertad de trabajo y su derecho a ejercer su profesión; razón por la cual solicitó la inaplicación del citado impedimento y que se le permita su inscripción en el RNP.
4. En ese sentido, como parte de sus argumentos, señaló que su renuncia a la inscripción vigente del RNP tuvo como principal motivo una comunicación de oficio por parte del más alto nivel del OSCE hacia su persona, advirtiéndole que existía una incompatibilidad con su inscripción, debido a que era hermano de un congresista; motivo por el cual, debía renunciar, a fin de no ser denunciado penalmente.
5. Asimismo, precisó que en la fecha en la cual fue a presentar su renuncia ante el OSCE, esta no se lo permitió, ya que debía cancelar una tasa de S/ 99.40 soles (noventa y nueve con cuarenta 40/100), por lo cual tuvo que enviar su renuncia a través de una carta notarial.
6. Mediante Resolución N° 01 de fecha 13 de abril de 2013, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró inadmisibles las acciones de amparo interpuestas por García Belaúnde, debido a que no se presentó de manera clara el petitorio y no se adjuntó el documento en donde se advierta el pedido de renuncia por parte del OSCE alegado por él.
7. En esa línea, a través del Escrito N° 02 de fecha 30 de mayo de 2013, García Belaúnde subsanó la demanda formulada, manifestando que no era necesario especificar documentalmente la amenaza, ya que el pedido de renuncia habría tenido origen en un pedido de la presidenta del OSCE a través de amigos comunes y que, en cualquier caso, el procurador de la Entidad confirmaría dicha información cuando se le corra traslado.
8. Adicionalmente, señaló que, en casos de duda, corresponde que los procesos constitucionales continúen; ello en virtud de que en el

proceso de amparo no existe una etapa probatoria y que, en atención a lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el principio de duda favorece el proceso y no impide.

9. Mediante Resolución N° 02 de fecha 17 de junio de 2013, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima admitió a trámite la demanda planteada por García Belaúnde y puso en conocimiento al Ministerio de Justicia. Como argumento señaló que, si bien existía discusión sobre lo manifestado por el demandante, la imposibilidad de ser registrado como proveedor del OSCE cuando antes sí lo habría estado, estaría vulnerando el derecho a la libertad de contratar y el derecho al trabajo, derechos constitucionales que pueden ser protegidos a través del amparo.
10. Con escrito de fecha 03 de julio de 2013, el Procurador del OSCE contesta la demanda negándola en todos los extremos y señalando que no se ha formulado ninguna amenaza al señor García Belaúnde. Asimismo, precisa que el impedimento correspondiente al literal f) de la LCE no vulnera el derecho de libertad de contratar ni la presunción de inocencia; y que no existe un derecho constitucional a contratar con el Estado.
11. En suma, precisó que la inscripción en el RNP no significa que el proveedor pueda contratar con el Estado, ya que ello está sujeto a una evaluación de cada Entidad durante un procedimiento de selección. Añade que, los impedimentos no vulneran el derecho de libertad de contratar ni presunción de inocencia, toda vez que estos no imputan culpabilidad, sino separan a una persona -natural o jurídica- para contratar con el Estado.
12. Posteriormente, con fecha 19 de diciembre de 2013 se llevó a cabo el informe oral, en donde se consultó al abogado del OSCE, Omar José García Chávez, si el señor García Belaúnde podría inscribirse en el RNP, a lo que este manifestó que no mientras su hermano continúe siendo congresista.
13. Mediante Resolución N° 11 (sentencia) de fecha 29 de septiembre de 2014 el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte

Superior de Justicia de Lima declaró fundada la demanda y ordenó al OSCE permitir la inscripción del señor García Belaúnde en el RNP. Asimismo, precisó que este no tiene impedimento para contratar con el Estado, toda vez que no debe realizarse una interpretación literal de la norma administrativa.

14. Al respecto, mediante Escrito N° 03 de fecha 15 de diciembre de 2014, el Procurador del OSCE apela la Resolución N° 11 indicando que no corresponde una interpretación distinta a la literal en el caso concreto. Además, reitera que no existe un derecho constitucional a contratar con el Estado.
15. Con escrito N° 11 de fecha 17 de julio de 2015, García Belaunde absuelve traslado y reitera que no debe aplicarse el impedimento para contratar con el Estado excepto para cuando verse sobre contrataciones con el Congreso de la República.
16. Por su parte, como consecuencia de la apelación planteada por el Procurador del OSCE, mediante Resolución N° 01 de fecha 30 de mayo de 2016 la Segunda Sala Civil de Lima corrió traslado al demandante y este expresó sus agravios, a través de los cuales manifestó que el Congreso de la República no tiene injerencia en las contrataciones del Estado.
17. Por otro lado, a través del escrito N° 04 el Procurador Público del OSCE solicitó a la Sala la sustracción de la materia. Ello en razón a que entró en vigencia la Ley N° 30225 y el Reglamento aprobado por DS N° 350-2015-EF, derogando así el DL N° 1017 y en consecuencia el artículo 10 sobre impedimentos para contratar con el Estado.
18. Así, mediante Resolución N° 06 de fecha 01 de diciembre de 2016 la Segunda Sala Civil de Lima dispuso revocar la Sentencia expedida mediante Resolución N° 11 de fecha 29 de setiembre de 2014, reformándola en improcedente, toda vez que la presunta amenaza y vulneración a los derechos alegados por García Belaúnde habrían cesado, debido a que el DL N° 1017 fue derogado, con lo cual se produjo la sustracción de la materia.
19. Frente a ello, mediante escrito de fecha 03 de noviembre de 2016, García Belaúnde presentó a la Segunda Sala Civil de Lima la

Resolución de fecha 22 de setiembre de 2016, a través de la cual la Trigésima Fiscalía Provincial Penal de Lima archivó la denuncia presentada por el OSCE contra su persona por el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo. No obstante, mediante Resolución N° 07 de fecha 03 de enero de 2017, la Segunda Sala Civil de Lima dispuso estar a lo dispuesto en la Resolución N° 06, que declaró improcedente la demanda.

20. Con escrito N° 14 de fecha 03 de febrero de 2017, García Belaunde solicitó la nulidad de la Resolución N° 06 de fecha 01 de diciembre de 2016, bajo el argumento de que no operaba la sustracción de materia, ya que la nueva LCE contemplaba el impedimento para contratar con el Estado a parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad.
21. Al respecto, mediante Resolución N° 08 de fecha 21 de marzo de 2017, la Segunda Sala Civil de Lima declaró infundado el recurso de nulidad formulado y dispuso remitir al TC todo lo actuado.
22. Así, a través de la Sentencia N° 1087/2020 de fecha 06 de noviembre de 2020, el TC declaró fundada la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración al derecho de libertad de contratación y presunción de inocencia, toda vez que el impedimento para contratar con el Estado no pasaría el test de proporcionalidad por necesidad. Sin embargo, la posición adoptaba no fue pacífica, en tanto se presentaron votos singulares en contra de dicho pronunciamiento.
23. Por un lado, el magistrado Blume Fortini señaló estar de acuerdo con declarar fundada la demanda. No obstante, discrepó con los argumentos que expresaban que sea constitucionalmente correcto impedir legalmente la contratación con el Estado a familiares consanguíneos del presidente de la república y vicepresidentes; ello en virtud de que no puede presumirse favoritismos o ventajas a favor de dichos familiares, así como la falta de competencia profesional de los mismos.
24. Por otro lado, la magistrada Marielena Ledesma manifestó que debió declararse improcedente la demanda, ya que operó la sustracción de la materia, debido a que el hermano de García Belaunde habría dejado de ser congresista y, por tanto, el demandante ya no estaría

impedido de contratar con el Estado en atención a lo señalado en la Ley N° 30225.

25. En la misma línea, el voto singular de Miranda Canales se orientó a señalar que la demanda debió declararse improcedente, ya que operó la sustracción de la materia, porque se disolvió el congreso y el hermano del demandante ya no continuaba en el cargo.
26. Finalmente, el voto singular de Espinosa-Saldaña Barrera también fue declarar improcedente la demanda, toda vez que habría operado la sustracción de la materia, en tanto el hermano del demandante ya no es congresista. Asimismo, señaló que no se acreditó debidamente la amenaza invocada, ya que estas estuvieron sustentadas en comentarios extraoficiales que no se encontraron corroborados en autos. En ese contexto, precisó que en el supuesto en que se desarrolle una discusión constitucional sobre el alcance de los límites para contratar con el Estado, este debería realizarse a través de un proceso de inconstitucionalidad.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

- El impedimento para contratar con el Estado contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada mediante DL N° 1444, referido a parientes de Congresistas de la República ¿es de aplicación a todos los procesos de contratación pública en el ámbito nacional o solo respecto a los que convoca la institución en donde labora el funcionario?

3.2 Problemas secundarios

- El impedimento para contratar con el Estado contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada

mediante DL N° 1444, que incluye a parientes de Congresistas de la República ¿vulnera de manera desproporcionada el derecho constitucional a la libertad de contratación?

- La derogación del DL N° 1017 tras la promulgación de la Ley N° 30225 y sus modificatorias, sumando a la disolución del Congreso de la República ¿generó una situación de sustracción de la materia?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Respuesta preliminar al problema principal

El impedimento contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada mediante DL N° 1444, que incluye a parientes de Congresistas de la República tiene como ámbito de aplicación a todos los procesos de contratación pública a nivel nacional y no se limita a la institución en donde labora el funcionario público, es decir el Congreso de la República.

El impedimento materia de análisis tiene una redacción que permite una interpretación literal de la norma. De ella, se desprende que el impedimento en el caso de parientes de Congresistas de la República se aplica a todos los procesos de contratación, es decir, a todos los procesos de contratación a nivel nacional. Dicho de otro modo, la norma es bastante clara en establecer un impedimento de carácter general, sin ninguna redacción ambigua o poco clara que permita presumir o interpretar que el ámbito de aplicación del impedimento está acotado a la institución en donde labora el funcionario o a alguna excepción para su inaplicación.

Asimismo, realizando una revisión histórica de la norma debe tenerse en cuenta que el impedimento ha sido modificado por el legislador a lo largo de los años, y este no ha establecido un límite al ámbito de aplicación del impedimento de los familiares de los funcionarios contenidos en el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, a diferencia de los supuestos de los funcionarios y familiares contenidos en los incisos c), d), e), f) y g) del mismo artículo de la ley, en donde el legislador sí ha acotado el ámbito de aplicación del impedimento al sector, competencia territorial o institución en donde laboran estos funcionarios.

Por ello, podemos concluir preliminarmente que el impedimento para contratar con el Estado contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada mediante DL N° 1444, que incluye a hermanos de Congresistas de la República, es de aplicación a todos los procesos de contratación en el ámbito nacional.

Respuesta preliminar al primer problema secundario

El impedimento previsto en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada mediante DL N° 1444, sí vulnera de manera desproporcionada el derecho constitucional a la libertad de contratación de los parientes de Congresistas de la República.

Como se mencionó anteriormente, tal como está redactado el impedimento se aprecia que este tiene una aplicación general que comprende a todos los procesos de contratación en el ámbito nacional, sin ningún tipo de delimitación a alguna institución y tampoco algún supuesto de excepción para su inaplicación.

Al respecto, debemos señalar que si bien el objetivo del impedimento en cuestión es evitar cualquier situación de conflicto de intereses que pueda afectar el proceso de contratación - en especial en la etapa de

selección del proveedor o consultor - y que esta se de por razones de parentesco o afinidad y no por la capacidad y experiencia del postor; este resulta desproporcionado en el caso de los parientes de los Congresistas de la República - y demás familiares de los funcionarios contenidos en el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225 - que han contratado con el Estado con anterioridad a la ocupación del cargo público de su familiar.

Sobre el particular, resulta interesante la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, Ley N° 32069 publicada el pasado 24 de junio del presente año, ya que introduce supuestos de inaplicación del impedimento materia de análisis en casos en los que familiares de Congresistas de la República hayan contratado con el Estado de manera previa a la entrada en el cargo público de su pariente.

Ello, aporta al presente informe un análisis sobre la desproporcionalidad del impedimento discutido, toda vez que con la nueva Ley se planteó por primera vez una situación de excepción a la regla general, que establece que el impedimento en el caso de parientes de Congresistas de la República, se aplica a todos los procesos de contratación a nivel nacional.

En virtud de ello, la nueva ley que entrará en vigencia a los noventa (90) días calendarios siguientes de la publicación de su reglamento trae consigo nuevos escenarios que contemplan una situación diferencial entre los parientes de Congresistas de la República que hayan contratado con el Estado con anterioridad a la entrada en el cargo público de sus familiares y los parientes que nunca han contratado con el Estado.

Respuesta preliminar al segundo problema secundario

A la fecha en la que se realizó la sesión del Pleno del TC ya había operado la sustracción de la materia, toda vez que se había derogado

el DL N° 1017 tras la promulgación de la Ley N° 30225 y sus modificatorias; también se había producido un cambio en la situación jurídica del señor Domingo García Belaunde, ya que con la disolución del Congreso de la República en el año 2019, este ya no se encontraba impedido de contratar con el Estado, puesto que su hermano ya no era congresista.

Por ello, al haberse producido la sustracción de la materia, el TC no debió pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ya que no existía amenaza para el derecho a la libertad de contratación y, además, al tratarse de un amparo lo decidido sobre el fondo solo sería de aplicación interpartes; cuestión distinta a la de un proceso de inconstitucionalidad.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

La posición arribada en el presente informe jurídico está parcialmente en contra de lo resuelto en la Sentencia N° 1087/2020 de fecha 06 de noviembre de 2020 del TC, que declaró fundada la demanda de amparo presentada por Domingo García Belaúnde.

De una análisis de los argumentos de fondo del TC, se advierte que este establece una lectura diferente al ámbito de aplicación del impedimento materia de análisis. Ello, bajo el argumento de que corresponde hacer una diferenciación entre los funcionarios contenidos en inciso a) del artículo 11.1 de la Ley, toda vez que no existiría, por ejemplo, una misma capacidad de influencia entre un Presidente y un Congresista de la República.

Por ello, establece que una lectura literal del impedimento resulta desproporcionada en el caso de parientes de Congresistas de la República y delimita el ámbito de aplicación - en ese caso en concreto - a la institución en donde labora el familiar del señor Domingo García Belaúnde, es decir, el Congreso de la República.

Al respecto, coincidimos en que el impedimento referido a los parientes de Congresistas de la República resulta desproporcionado. No obstante, ello no puede traducirse a una diferente interpretación del ámbito de aplicación del impedimento, ya que, tal como está redactado el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 es claro en determinar que el impedimento corresponde a todos los procesos de contratación a nivel nacional; incluso, a través de las modificaciones normativas, se advierte la intención del legislador de mantener el mismo ámbito de aplicación del impedimento sin establecer diferencias en los funcionarios contenidos en el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225.

Por otro lado, respecto a la sustracción de la materia, la posición del informe es que el TC no debió de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ya que debido a los cambios normativos, la disolución del Congreso de la República y el paso del tiempo, ya no se estaba afectando el derecho de libertad de contratación del señor Domingo García Belaúnde.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1 El impedimento para contratar con el Estado contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada mediante DL N° 1444, referido a parientes de Congresistas de la República ¿es de aplicación a todos los procesos de contratación pública en el ámbito nacional o solo respecto a los que convoca la institución en donde labora el funcionario?

Tanto el TC como el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resolvió el caso en primera instancia, defendieron la posición de que el ámbito de aplicación del impedimento contenido en el punto (i) del inciso h)

del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada mediante DL N° 1444, referido a parientes de Congresistas de la República se limita al ámbito de la institución en la que este labora.

Fundamentaron su argumento señalando que el citado impedimento debía interpretarse teniendo en cuenta los principios que rigen la contratación pública; entre los cuales destacaron el principio de libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, competencia e integridad, en atención a lo señalado en el artículo 2 de la Ley N° 30225.

Asimismo, hicieron énfasis en que, de acuerdo a una interpretación finalísima de la norma, que es evitar favoritismos y/o conflictos de intereses, no resulta razonable ni proporcional impedir la contratación pública de los parientes de los Congresistas de la República en el ámbito nacional. Ello, debido a que el ámbito de influencia de estos funcionarios solo sería al interior de la institución en la que ejercen sus funciones.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la posición respecto al ámbito de aplicación del impedimento ya mencionado no ha sido pacífica, ya que hay quienes consideran que el ámbito de aplicación del impedimento corresponde a todos los procesos de contratación a nivel nacional y otros - como es el caso del TC - que consideran que el ámbito de aplicación del impedimento se limita a la institución en donde el funcionario ejerce sus funciones y tiene influencia, permitiendo así su participación en otros procesos de contratación distintos a los convocados por el Congreso de la República.

Sobre la interpretación del impedimento para contratar con el Estado en el caso de parientes de Congresistas de la República

Por un lado, tenemos a la DTN del OSCE, quien a través de la Opinión N° 140-2019/DTN tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la

interpretación del ámbito de aplicación del impedimento correspondiente a los parientes de los Congresistas de la República, en la cual señaló lo siguiente:

“(…) En el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente, 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).” (resaltado agregado) (Dirección Técnico Normativa del OSCE, 2019).

Por otro lado, tenemos la posición del TC que, bajo el argumento de que el ámbito de aplicación del impedimento es desproporcionado para los parientes de los Congresistas de la República, considera que el ámbito de aplicación del citado impedimento corresponde solo a la institución en la que labora el familiar, es decir el Congreso de la República.

No obstante ello, lo cierto es que no debe perderse de vista en la discusión lo que dice textualmente la norma vigente en la Ley N° 30225, modificada con Decreto Legislativo N° 1444:

<p>Ley N° 30225, modificada con Decreto Legislativo N° 1444</p>	<p>Artículo 11. Impedimentos</p> <p>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:</p> <p>a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Vocales 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. (...)</p> <p>h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:</p> <p>(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 éstas; (...)"</p>
---	---

(Cuadro de elaboración propia)

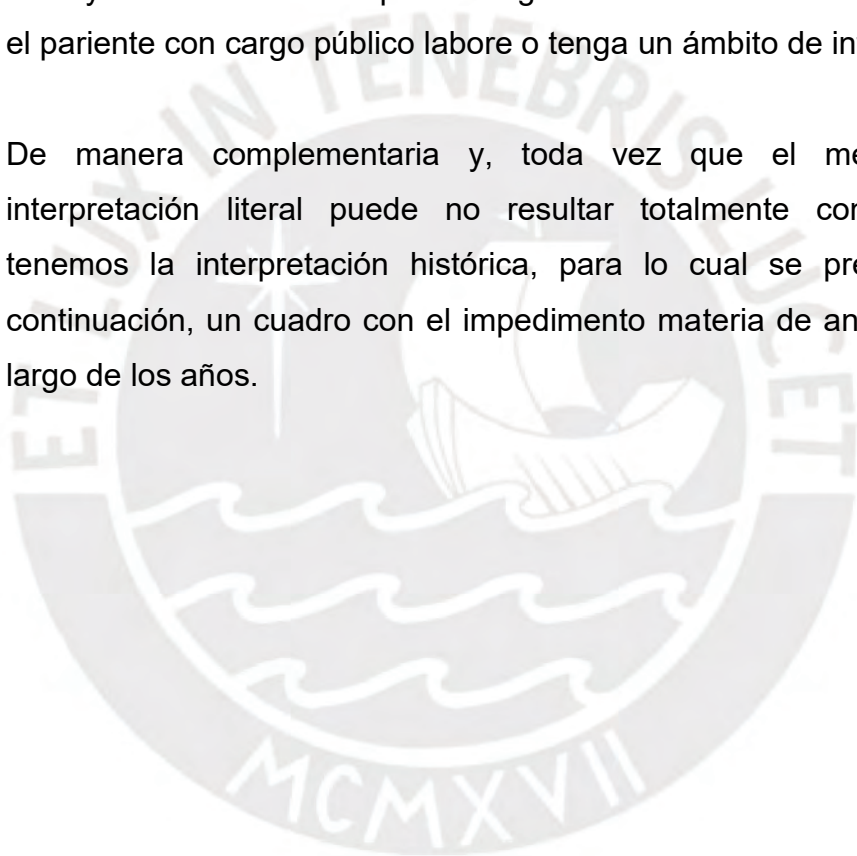
Ahora bien, considerando lo establecido en el mencionado impedimento, corresponde hacer un breve repaso sobre algunos de los métodos de interpretación. Así, de acuerdo a Marcial Rubio Correa, existen diferentes métodos de interpretación, entre los cuales encontramos el método de interpretación literal y el método histórico.

Respecto al método de interpretación literal menciona que este “implica interpretar lo que la norma significa utilizando las reglas lingüísticas habituales del lenguaje escrito en el que está formulada, a menos que los términos empleados tengan un significado jurídico especial diferente del uso común” (Marcial Rubio, 2009, pp. 238)

En cambio, en el caso del método de interpretación histórico “la interpretación se realiza teniendo en cuenta los antecedentes jurídicos relacionados a la norma en cuestión” (Marcial Rubio, 2009, pp. 248).

De este modo, tenemos que la interpretación del impedimento contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11 de la Ley N° 30225 debe interpretarse, en primer lugar, de manera literal. En ese sentido, toda vez que el ámbito de aplicación del impedimento es claro al establecer que la prohibición de los parientes de los Congresistas para contratar con el Estado está referido a *“todo proceso de contratación pública”*, debe entenderse de manera literal que se refiere a los procesos de contratación pública de *“todo el ámbito nacional”*, ya que no hay una delimitación expresa a alguna institución o sector en el que el pariente con cargo público labore o tenga un ámbito de influencia.

De manera complementaria y, toda vez que el método de interpretación literal puede no resultar totalmente convincente, tenemos la interpretación histórica, para lo cual se presenta, a continuación, un cuadro con el impedimento materia de análisis a lo largo de los años.



Decreto Legislativo N° 1017	<p>"Artículo 10.- Impedimento para ser postor y/o contratista</p> <p>a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República (...)</p> <p>f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de de consanguinidad y segundo de afinidad (...)."</p>
Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341	<p>"Artículo 11.- Impedimento</p> <p>a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República (...)</p> <p>h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas naturales señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (...)."</p>
Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1444	<p>"Artículo 11.- Impedimento</p> <p>a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República (...) en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo.</p> <p>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:</p> <p>(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 (...)"</p>

(Cuadro de elaboración propia)

Como puede apreciarse, tanto desde la publicación y entrada en vigencia del DL N° 1017 hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 30225, modificada mediante DL N° 1444, el ámbito de aplicación del impedimento siempre ha incluido a *“todo proceso de contratación pública”*, sin existir a lo largo de los años algún cambio o precisión sobre el alcance de dicho impedimento; a diferencia de otros impedimentos contenidos en el artículo 11.1 de la Ley N° 30225

vigente, en los que el Legislador sí ha delimitado un ámbito de aplicación de acuerdo al sector, competencia territorial o institución en donde laboran estos funcionarios, tal como puede apreciarse en los impedimentos contenidos en los incisos b), c), d), e), f) y g) del mismo artículo de la Ley.

Ahora, si bien el TC manifestó que la aplicación del impedimento para contratar con el Estado en caso de parientes de Congresistas de la República es desproporcionada y, por tanto, debe limitarse dicho impedimento a un nivel institucional; lo cierto es que ni una Entidad ni el propio TCE puede inaplicar una norma. En ese sentido, a través de la Opinión N° 029-2022/DTN, la DTN señaló lo siguiente:

“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” (resaltado agregado) (Dirección Técnico Normativa del OSCE, 2022).

En otras palabras, no podrá inaplicarse el impedimento contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11 de la Ley N° 30225 en tanto no se haya declarado su inconstitucionalidad por parte del TC.

En suma, en atención a lo señalado en la Opinión N° 085-2011/DTN de la DTN del OSCE se precisa que la interpretación de los

impedimentos señalados en la LCE debe realizarse de manera restrictiva. Así, se menciona lo siguiente:

“Las disposiciones que restringen derechos de las personas, como el derecho a participar en los procesos de selección y contratar con el Estado, sólo pueden ser establecidas mediante ley o norma con rango de ley. En esa medida, el artículo 10 de la Ley establece las situaciones que constituyen impedimentos para que una persona pueda participar en los procesos de selección convocados por las Entidades, las cuales deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a situaciones o hechos que no se encuentran expresamente contemplados por la Ley.

La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento prevalecen, en materia de contrataciones públicas, sobre cualquier otra norma; en tanto no exista norma con rango de ley que disponga una excepción a su aplicación (...). (resaltado agregado) (Dirección Técnico Normativa del OSCE, 2011).

Es decir, toda vez que el legislador no plasmó en el DL N° 1017, ni la Ley N° 30225 y sus modificatorias un supuesto en que el que a los parientes de los Congresistas de la República solo están impedidos en el ámbito de su institución, no puede interpretarse que el impedimento *“todo proceso de contratación pública”* corresponde solo a su institución.

Ahora bien, debe resaltarse que la citada opinión técnica normativa se realizó en el 2011, fecha en la cual todavía no se había planteado la demanda de amparo, por lo que no sería una opinión parcializada por parte del OSCE.

Siendo ello así, la posición que mantiene el presente informe es contraria a la adoptada por el TC. Ello, en virtud a que la norma es bastante clara en establecer un impedimento de carácter general, sin ninguna redacción ambigua o poco clara que permita presumir o interpretar que el ámbito de aplicación del impedimento está acotado a la institución en donde labora el funcionario o a alguna excepción para su inaplicación, como sí se precisa en otros impedimentos en donde el alcance de la prohibición se limita al sector y la competencia territorial.

Si bien ello puede resultar desproporcionado para los parientes de Congresistas, al no haberse declarado su inconstitucionalidad corresponderá al OSCE aplicar, en otros casos, el impedimento en el ámbito previsto en la norma vigente, es decir, a todo proceso de contratación a nivel nacional.

5.2 El impedimento para contratar con el Estado contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada mediante DL N° 1444, que incluye a parientes de Congresistas de la República ¿vulnera de manera desproporcionada el derecho constitucional a la libertad de contratación?

El TC declaró fundada la demanda de amparo presentada por Domingo García Belaunde, debido a que se acreditó, entre otros, la vulneración al derecho de libertad de contratación.

Sobre el particular, manifestó que el impedimento referido a los parientes de Congresistas de la República, contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada mediante DL N° 1444 no resultaba proporcional ni razonable si su ámbito de aplicación era todo proceso de contratación en el ámbito nacional. Asimismo, señaló que el referido impedimento no cumplía con el test de proporcionalidad, respecto al criterio de necesidad, ya que el OSCE

contaba con otras herramientas igual de efectivas, en atención a las facultades de supervisión otorgadas.

Los impedimentos para contratar con el Estado y el caso de los parientes de Congresistas de la República

Como ya se ha comentado, los impedimentos para contratar con el Estado están previstos en el artículo 11 de la Ley N° 30225. Así, en atención a lo señalado en el Acuerdo de Sala Plena N° 003-2021/TCE “[los] impedimentos, de modo general, persiguen evitar situaciones de privilegios, ventajas y direccionamientos indebidos a ciertos proveedores, así como conflictos de intereses que puedan producirse en autoridades que, a su vez, puedan tener la condición de proveedores del Estado” (Tribunal de Contrataciones del Estado, 2021)

Si bien el objetivo de los impedimentos persigue una finalidad en pro de los procesos de contratación pública, lo cierto es que no es la primera vez que se critica el alcance de los impedimentos previstos en la Ley por haber limitado de manera desproporcionada los derechos de personas naturales o jurídicas tras su aplicación por parte del Tribunal de Contrataciones.

Por citar un ejemplo, el inciso d) del artículo 10 del DL N° 1017 establecía como impedimento para contratar con el Estado, lo siguiente:

Decreto Legislativo N° 1017	<p>“Artículo 10</p> <p>d) Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: (...) d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia”</p>
-----------------------------	--

(Cuadro de elaboración propia)

El impedimento antes reseñado generó un debate sobre qué debía entenderse por funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos y cómo debía aplicarse el alcance del impedimento en cuestión.

Al respecto, Martínez M. precisó que, si bien inicialmente el Tribunal de Contrataciones aplicaba el impedimento teniendo en consideración el ámbito de influencia, el conflicto de intereses y la posibilidad de interferir en los procesos de contratación, luego este cambió su posición aplicando sin graduaciones el impedimento, lo que se vio reflejado en la Resolución 2042-2014-TC-S1, que “en su texto, explica que, según su nueva perspectiva, la referencia a la Ley solo pretende indicar que es aplicable a todos los empleados del Estado, incluyendo a familiares y vinculados, independientemente de que pertenezcan al régimen del Decreto Legislativo N° 276, al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 o a cualquier otro, como el CAS” (Martínez M., 2015, pp. 312).

Ahora bien, centrándonos en el caso en concreto referente al impedimento para contratar con el Estado de los parientes de los Congresistas tenemos que el ámbito de aplicación de este impedimento es el ámbito nacional, lo cual resulta desproporcionado para los parientes que han contratado con el Estado con anterioridad

a la entrada en el cargo de su familiar, como se explicará a continuación, ya que de manera previa participaron de un proceso de contratación en donde fueron adjudicados por las competencias, experiencias y características que poseían como proveedores o consultores; sin que haya existido de por medio algún beneficio o favoritismo producto de un vínculo de parentesco.

El derecho constitucional a la libertad de contratación y sus límites

Uno de los argumentos señalados por Domingo García Belaúnde y esgrimido por la defensa del OSCE fue la discusión sobre el derecho constitucional de la libertad de contratación. El argumento principal en este aspecto estuvo basado en que la Constitución Política no establecía un derecho a contratar con el Estado; motivo por el cual, el impedimento para contratar con el Estado en el caso de parientes del Congresistas de la república no afectaba de manera desproporcionada el derecho aludido.

De acuerdo a César Landa el derecho a la libertad de contratación “(...) se parece más a los conocidos como 'derechos de libertad', ya que aunque requieren que el Estado los promueva, exigen también que el Estado se abstenga de intervenir. En otras palabras, se centran principalmente en preservar la autonomía personal de cada individuo, asegurando su protección contra posibles afectaciones, tanto por parte del Estado como de otros individuos” (César Landa Arroyo, 2014).

Por su parte, Villavicencio y Vargas señalan que “ la libertad de contratar no incluye un derecho fundamental a contratar con el Estado, ya que el régimen general de contratación pública, con el artículo 76 como norma principal, no tiene la intención de establecer un nuevo derecho, sino que representa una restricción a esa libertad, justificada por la consecución de ciertos objetivos constitucionales” (Villavicencio L. y Vargas E., 2019, pp. 266).

De ello, se desprende que si bien las personas tienen el derecho constitucional de libertad de contratación y este debe ser protegido, no existe *per se* un derecho a contratar con el Estado; lo que no significa que a través de un impedimento establecido por el legislador no se vulnere de manera desproporcionada el derecho a la libertad de contratación entendida como la posibilidad de participar en un proceso de contratación pública.

Al respecto, como ya se ha tenido oportunidad de analizar, el impedimento correspondiente a los parientes de los funcionarios contenidos en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225 no prevé ningún supuesto de excepción para su inaplicación, lo que supone una vulneración desproporcionada para los parientes de Congresistas que contrataron con el Estado con anterioridad a la entrada en el cargo de su pariente.

El test de proporcionalidad, el principio de razonabilidad de la Administración Pública y la nueva Ley General de Contratación Pública, Ley N° 32069 y el principio de razonabilidad

El TC señaló en la sentencia que el impedimento contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225 no cumplía con el juicio de necesidad, ya que existían otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad de contratación de los parientes de los Congresistas de la República.

Al respecto, de una revisión de la LCE, se advierte que el OSCE tiene como parte de sus facultades para velar por el correcto funcionamiento de los procesos de contratación pública realizar las acciones de fiscalización; así como también cuenta con una Dirección de Gestión de Riesgos que planea las estrategias de supervisión y emite informes sobre posibles casos de vulneración a la normativa de contrataciones.

Sumado a ello, debe tenerse presente el principio de razonabilidad de la Administración, “según el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, las decisiones de la autoridad administrativa que impongan obligaciones, califiquen infracciones, apliquen sanciones o establezcan restricciones a los administrados **deben ajustarse a los límites de la facultad otorgada, asegurando una proporcionalidad adecuada entre los medios utilizados y los objetivos públicos que se pretenden proteger, de manera que sean estrictamente necesarios para cumplir con su cometido**” (resaltado agregado) (Lucchetti A. , pp. 484).

Es decir, las restricciones que imponga la Administración Pública a los administrados deben ser racionales y proporcionales en atención a los fines que se quieren conseguir, que en el caso en concreto sería asegurar un correcto proceso de contratación pública. En esa línea, resulta pertinente traer a colación la Ley N° 32069.

El pasado 24 de junio de 2024 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la nueva Ley General de Contratación Pública, Ley N° 32069, que de acuerdo a su vigésima novena Disposición Complementaria Final entrará en vigencia a partir de los 90 días calendarios siguientes de la publicación de su reglamento.

Entre las modificaciones que planea, se tiene una nueva redacción del artículo 11 referido a los impedimentos para contratar con el Estado, ahora redactados en el artículo 30 y que establece, por primera vez, una excepción a la aplicación de los impedimentos de los parientes de los funcionarios contenidos en el numeral 2 del artículo 30.1 de la Ley N° 32069 - o inciso a) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225 vigente - .

La excepción está formulada de la siguiente manera:

Ley N° 32069	<p>“Artículo 30.1</p> <p>2. El impedimento no aplica si el pariente hubiese suscrito un contrato derivado de un procedimiento de selección competitivo o no competitivo o hubiese ejecutado cuatro contratos menores en el mismo tipo de objeto al que postula. Para el caso de bienes y obras, el pariente debe haber ejecutado los contratos dentro de los dos años previos a la convocatoria del procedimiento de selección, contratación directa o a la adjudicación de un contrato menor. Para el caso de servicios, los dos años de experiencia son consecutivos”.</p>
---------------------	---

(Cuadro de elaboración propia)

Al respecto, podemos señalar que la nueva Ley resulta interesante en el presente análisis, ya que representa una situación en la cual el Legislador a previsto limitar los impedimentos para contratar con el Estado de una manera más racional, atendiendo a criterios objetivos como que se haya contratado con el Estado con anterioridad, lo que se traduciría en “experiencia del postor”.

No obstante, debe advertirse que, tal como está redactada la excepción al impedimento en razón de parentesco, representa un riesgo frente al conflicto de intereses, ya que si el pariente ha contratado de manera previa con el Estado no tendrá impedimento para contratar ni en ámbito nacional ni en el ámbito institucional en donde labora su pariente.

En ese sentido, Mijael Vizcarra ha podido pronunciarse respecto a la Autógrafa de la Ley - que tiene el mismo texto que la Ley - , señalando que “la modificación al artículo de impedimento permite acotar el marco de limitación del mismo; no obstante el dictamen no ha previsto un límite respecto a la contratación en la institución a la cual pertenece el funcionario, lo cual podría considerarse riesgoso para el conflicto de intereses y poco ético” (Vizcarra M., 2024).

Por ello, teniendo en consideración todo lo antes desarrollado, la posición del informe respecto a este punto controvertido es que el impedimento contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225 sí afecta de manera desproporcionada al derecho de libertad de contratación de los parientes de los funcionarios listados en el inciso a) del mismo artículo - entre los cuales se encuentran los parientes de Congresistas de la República -, ya que el Legislador pudo prever supuestos de excepción que contemplen medidas menos gravosas para quienes ya eran proveedores del Estado y habían sido adjudicados por sus propias competencias, características y experiencia.

En ese sentido, la nueva Ley General de Contratación Pública plantea una pauta interesante al tratar de objetivar supuestos en los cuales inaplicar el impedimento basado en la experiencia del postor. No obstante, estos supuestos terminan siendo muy amplios al permitir que los parientes participen en procesos de selección en procesos de contratación pública propios de la Entidad o institución a la que pertenecen sus familiares.

5.3 La derogación del DL N° 1017 tras la promulgación de la Ley N° 30225 y sus modificatorias, sumando a la disolución del Congreso de la República ¿generó una situación de sustracción de la materia?

La Sentencia N° 1087/2020 reconoce en su fundamento 3 que había operado la sustracción de la materia, ya que el hermano del demandante, Domingo García Belaúnde, ya no era Congresista de la República y, por tanto, podía inscribirse nuevamente en el RNP.

No obstante, se contradice en el fundamento 10, pues señala que respecto a la derogación del DL N° 1017 tras la promulgación de la Ley N° 30225 y sus modificaciones, no ha operado la sustracción de

la materia, ya que el inciso h) del artículo 11 de la Ley mantiene la prohibición en la que se circunscribe Domingo García Belaúnde. Por ello, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional sustentó su pronunciamiento de fondo, a fin de dilucidar si es que la aplicación del citado impedimento representa o no una vulneración de derechos en futuros casos.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que “(...) La “sustracción de la materia” es un concepto que describe cómo un evento posterior al inicio del proceso puede afectar el curso del mismo (...) Estos eventos, que pueden ser tanto voluntarios como involuntarios por parte de las partes, son circunstancias que alteran la situación sustancial tal como se presenta en el juicio (la res in iudicium deducta) y que resuelven la controversia” (Ariano Deho, 2012).

En otras palabras, la controversia materia de análisis se agotó por hechos sobrevenidos a lo largo de años, tales como la derogación del DL N° 1017 y la disolución del Congreso de la República que produjo el cambio en la situación jurídica del señor Domingo García Belaúnde.

Ahora bien, respecto al cambio normativo tenemos que, el artículo referente a impedimentos para contratar con el Estado ha tenido una serie de modificaciones a lo largo del tiempo, como se muestra en el siguiente cuadro:

Decreto Legislativo N° 1017	"Artículo 10.- Impedimento para ser postor y/o contratista (...) f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (...). "
Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341	"Artículo 11.- Impedimento (...) h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas naturales señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (...). "
Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1444	"Artículo 11.- Impedimento (...) 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 (...)"

(Cuadro de elaboración propia)

Como puede apreciarse, el DL N° 1017 estableció que el impedimento se extendía a los parientes de hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; mientras que tras la promulgación de la Ley N° 30225 y su modificatoria con el DL N° 1341 y N° 1444 el impedimento se redujo hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad.

Sin perjuicio de ello, más allá de la reducción en la extensión del impedimento debe tenerse en cuenta que la demanda de amparo tuvo como pretensión principal se que inaplique el inciso f) del artículo 10 del DL N° 1017, norma que fue derogada de manera posterior con la promulgación de la Ley N° 30225 y sus modificaciones.

Es decir, la norma que se pretendía inaplicar ya no se encontraba vigente. Ahora bien, el Tribunal señala que a pesar de ello, el señor

Domingo García Belaúnde todavía encontraba amenazado su derecho a la libertad de contratación y principio de presunción de inocencia, porque en la Ley N° 30225 aún se encontraba inmerso en el supuesto contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11, ya que tenía una relación de parentesco en segundo grado con Víctor Andrés García Belaúnde, quien era Congresista de la República.

Sobre el particular, somos de la postura de que dicho argumento pierde de vista el análisis sobre el cambio en la situación jurídica del demandante, ya que el 30 de setiembre de 2019 el ex presidente Martín Vizcarra disolvió el Congreso de la República, en el que el señor Víctor Andrés García Belaúnde era congresista.

Asimismo, el plazo de duración del impedimento para contratar con el Estado contenido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11 de la Ley N° 30225 también había vencido, puesto que el impedimento establecía la prohibición de contratar con el Estado “hasta 12 meses después” de que el funcionario hasta dejado el cargo. Así, si contamos el tiempo desde la disolución del Congreso de la República ocurrido el 30 de septiembre de 2019, y el pronunciamiento del TC el 06 de noviembre de 2020, ya habían transcurrido los 12 meses.

En virtud de ello, el señor Domingo García Belaúnde ya no estaba impedido para contratar con el Estado; por lo que tampoco resulta razonable el argumento planteado por el Tribunal respecto a que persistía la amenaza a los derechos invocados por el demandante.

De este modo, podemos arribar a la conclusión de que el señor Domingo García Belaúnde ya podía proceder con la inscripción en el RNP, conforme a lo señalado en el artículo 46 de la Ley N° 30225.

Siendo ello así, considero que el TC no debió pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ya que la situación de sustracción de la materia producida por el cambio normativo y la situación jurídica de

Domingo García Belaúnde, ya no representaba una “amenaza” para el derecho a libertad de contratar, ya que al momento en que se discutió el problema en la sesión del Pleno del Tribunal, el demandante podía volver a inscribirse en el RNP.

Finalmente, no debe perderse de vista que al tratarse de un proceso de amparo, lo resuelto por el Tribunal se aplica solo interpartes; por lo que hubiera sido mejor exhortar al legislador para realizar un análisis sobre la razonabilidad del impedimento en cuestión.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Del análisis de la Sentencia N° 1087/2020 del TC se arribó a las siguientes conclusiones:

- El ámbito de aplicación de impedimento previsto en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada por el DL N° 1444, en el caso de parientes de Congresistas de la República tiene alcance sobre todos los procesos de contratación pública convocados a nivel nacional.
- El impedimento establecido en el punto (i) del inciso h) del artículo 11.1 de la Ley N° 30225, modificada por el DL N° 1444, en el caso de parientes de Congresistas de la República es desproporcionado y vulnera el derecho a la libertad de contratación de quienes con anterioridad a que su pariente obtenga un cargo público, ha contratado con el Estado de manera regular y obtenido una adjudicación por sus propias capacidad, características y experiencia.
- La nueva Ley General de Contrataciones Públicas representa una medida racional respecto a la limitación para Contratar con el Estado, pues objetiviza aspectos como la experiencia del postor frente a posibles conflictos de intereses. No obstante, la inaplicación total del impedimento resulta muy amplia, ya que como está redactada la norma, se permitirá que los parientes de los

funcionarios participen en los procesos de contratación de la propia entidad o institución a la que pertenece su pariente.

- Finalmente, a la fecha en la que el TC se pronunció ya había operado la sustracción de la materia, por lo que no se justifica un pronunciamiento sobre el fondo por parte del TC, más aún si se trataba de un recurso de amparo en donde la decisión solo sería de aplicación interpartes, toda vez que no se declaró la inconstitucionalidad de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Ariano Deho, E. (2012). Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa. *Revista De Derecho Administrativo*, (11), 143-154.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13551/14176>

Marcial Rubio Correa. (2009). *El Sistema Jurídico , Introducción al Derecho . Décima edición, aumentada. Fondo Editorial . Pontificia Universidad Católica del Perú.* <https://filialsur.usmp.edu.pe/wp-content/uploads/2020/03/El-sistema-jur%C3%ADdico-DERECHO.pdf>

Landa Arroyo, C. (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS Revista De Derecho*, (66), 309-327. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12702/13255>

Soto Coaguila, C. (2008). La libertad de contratación: ejercicio y límites. *Revista de Economía y Derecho*, (17), 103-145 . <https://repositorio.usil.edu.pe/server/api/core/bitstreams/3e0fd5df-da34-413b-95e2-de223b37f48a/content>

Martinez Zamora M. (2015). 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. Revista de Derecho & Sociedad N° 45, pp. 307-314. https://app.vlex.com/search/jurisdiction:PE+content_type:4/impedimentos+de+parientes+de+congresistas+para+contratar+con+el+Estado/vid/770780005

Villavicencio, L. y Vargas E. (2019). La Constitución Política del Perú de 1993 y la Contratación Pública ¿Existe un derecho fundamental a contratar con el Estado?. Palestra Editores pp. 255 - 281. <https://works.bepress.com/luisfernando-villavicenciobenites/2/>

Lucchetti A. (s/f). Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas. Revista Circulo de Derecho Administrativo pp. 484 - 489. file:///C:/Users/ASUS/Downloads/14044-Texto%20del%20art%C3%ADculo-55920-1-10-20151012.pdf

JURISPRUDENCIA

Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (2011). Dirección Técnico Normativa. Opinión N° 085-2011/DTN. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2146797/1953836-buscador-de-interpretacion-normativa-articulos-de-la-ley-y-directivas-actualizado-a-octubre-2023.pdf?v=1698936871>

Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (2019). Dirección Técnico Normativa. Opinión N° 140-2019/DTN. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2676858/1953823-buscador-de-interpretacion-normativa-articulos-de-la-ley-y-directivas-actualizado-a-mayo-2024-version-2-0.pdf?v=1717213605>

Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (2022). Dirección Técnico Normativa. Opinión N° 029-2022/DTN. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2676858/1953823-buscador-de-interpretacion-normativa-articulos-de-la-ley-y-directivas-actualizado-a-mayo-2024-version-2-0.pdf?v=1717213605>

Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (2021). Tribunal de Contrataciones del Estado. Acuerdo de Sala Plena N° 003-2021/TCE. <https://app.vlex.com/search/jurisdiction:PE/impedimentos+de+parientes+d+e+congresistas+para+contratar+con+el+Estado/p2/vid/863560304>

NORMATIVA

Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú de 1993. Diario oficial El Peruano del 29 de diciembre de 1993. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>

Congreso de la República del Perú. (2007). Ley N° 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Diario Oficial El Peruano del 20 de diciembre de 2007. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H955918>

Congreso de la República del Perú (2015). Ley N° 30225. Ley de Contrataciones del Estado. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1105713>

Congreso de la República del Perú (2024). Autógrafa de la nueva Ley General de Contrataciones del Estado.

Presidencia de la República (2018). Ley N° 1439. Decreto Legislativo que tiene como objetivo desarrollar el Sistema Nacional de Abastecimiento. Diario Oficial El Peruano 16 de setiembre del 2018. <https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-legislativo/18211-decreto-legislativo-n-1439/file>

Ministerio de Economía y Finanzas (2008). Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01017.pdf>

Ministerio de Economía y Finanzas (2015). Decreto Supremo N° 350-2015-EF. Aprueban Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H677656>

Decreto Legislativo N° 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/251476/DECRETO_LEGISLATIVO_1341_Modifica_Ley_30225.pdf?v=1565366239

OTRAS FUENTES

Mijael Vizcarra (2024). Masterclass “Análisis del dictamen de la ley de contrataciones públicas”. Escuela de Gobierno y Políticas Públicas PUCP. https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=992631612232067



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno.Sentencia 1087/2020

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de noviembre de 2020, los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Ramos Núñez, y Sardón de Taboada han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo dio origen al Expediente 03150-2017-PA/TC.

Asimismo, el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto.

Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Interno del Tribunal Constitucional, y con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Domingo García Belaúnde contra la resolución de fojas 208, de fecha 1 de diciembre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 19 de abril de 2013, don Domingo García Belaúnde interpone demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a fin de que se le permita ser considerado proveedor de servicios para el Estado.

Aduce que, pese a habersele inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, con una vigencia desde el 18 de setiembre de 2012 hasta el 18 de setiembre de 2013, se vio forzado a renunciar a su condición de proveedor de servicios para el Estado, pues se le hizo saber, de modo extraoficial, que había incurrido en una incompatibilidad prevista en la normativa sobre contrataciones del Estado, ya que tiene un hermano congresista, por lo que debía renunciar, caso contrario será denunciado penalmente.

Sostiene que, si bien es cierto resulta razonable que la ley fije impedimentos para contratar con el Estado a los congresistas, el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, extiende dichas prohibiciones al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, desconociendo que los congresistas, fuera del ámbito del Congreso de la República, no tienen capacidad para favorecer a sus parientes, pues no realizan obra pública, no tienen iniciativa de gasto y, en todo caso, forman parte de un órgano colegiado, el Congreso de la República, cuyas decisiones se adoptan colectivamente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

Alega que dicha prohibición vulnera sus derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia. Por lo tanto, solicita que se le permita inscribirse nuevamente en el Registro Nacional de Proveedores y se inaplique el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, así como el pago de costas y costos procesales.

Contestación de la demanda

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) contestó la demanda y negó que exista amenaza alguna contra el actor, pues como lo refiere él mismo, las presuntas amenazas le fueron comunicadas por personas ajenas al OSCE. Asimismo, señaló que el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017 no afecta los derechos fundamentales del demandante, pues el artículo 2, inciso 14 de la Constitución, fija límites a la libertad de contratación, al establecer que se puede contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público, mientras que el artículo 76 de la Constitución establece la obligación de realizar un procedimiento previo para contratar con el Estado. Asimismo, señala que la disposición cuestionada es una regla de transparencia en el gasto del Estado y no constituye una norma arbitraria

Sentencia de primera instancia o grado

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 29 de setiembre de 2014, declaró fundada la demanda, porque, 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; y, por otro lado, el actor reúne las calificaciones del caso para ser proveedor del Estado, pues es un conocido especialista en Derecho Constitucional y docente con amplia experiencia. 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.

Resolución de segunda instancia o grado

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, pues, a su juicio, se ha producido la sustracción de la materia controvertida, dado que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del asunto litigioso

1. En líneas generales, el demandante solicita lo siguiente: a) que se le permita reinscribirse en el Registro Nacional de Proveedores del Estado; y b) que se inaplique, en su caso, el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017, que impide ser participante, postor y contratista con el Estado al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los altos funcionarios estatales citados en el artículo 10.a de la citada norma. En consecuencia, corresponde determinar si dicha norma, previo análisis de su vigencia, vulnera los derechos fundamentales del actor a la libre contratación y a la presunción de inocencia.

§2. Consideraciones previas

2. En el presente caso, cabe mencionar que, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 30 de setiembre de 2019, se disolvió el Congreso de la República (artículo 1), revocándose el mandato parlamentario a todos los congresistas que no integraron la Comisión Permanente (artículo 2). Aunado a ello, en la actualidad, los congresistas que conforman el Congreso de la República han sido elegidos en las elecciones celebradas el 26 de enero de 2020, entre los cuales no se encuentra el hermano del demandante, Víctor Andrés García Belaúnde.
3. En atención a ello, en las actuales circunstancias, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, dado que el recurrente ya no tiene impedimentos para reincorporarse al Registro Nacional de Proveedores, y consecuentemente contratar con el Estado, toda vez que su hermano ya no es congresista.
4. No obstante, este Tribunal, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, procederá a emitir pronunciamiento de fondo, a fin de dilucidar si es que la aplicación de la norma en otros casos futuros que eventualmente puedan ser similares, supone o no una violación de derechos según la Constitución.
5. En tal sentido, dado que la pretensión consiste en que se inaplique la norma que prohíbe, entre otros, a los hermanos de los congresistas postular como proveedores del Estado, a juicio de este Colegiado, corresponde analizar la presunta amenaza de vulneración de los derechos fundamentales del actor en el presente caso. Siendo así, es menester evaluar si dicha norma es autoaplicativa, supuesto en el que procede el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

amparo contra normas, conforme lo prevé el artículo 3 del Código Procesal Constitucional.

6. Al respecto, se debe señalar que las normas autoaplicativas son aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. En este supuesto, tal como se indicó en la sentencia recaída en el Expediente 04677-2004-PA/TC (fundamento 4) cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (v.g., el artículo 1 del derogado Decreto Ley 25446: “Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes: (...)”), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (v.g. el artículo 2 del Decreto Ley 25454: “No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de los Decretos Leyes N°s 25423, 25442 y 25446.”). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable.
7. Ambos casos se encuentran previstos en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, que dispone:

Cuando se invoque una amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.
8. Se debe analizar entonces, si el extremo de la Ley de Contrataciones del Estado cuestionado constituye una norma autoaplicativa o no, y, de ser afirmativa la respuesta, verificar de qué tipo de norma autoaplicativa se trata, conforme a la distinción planteada en el fundamento 6 *supra*. Para ello, es necesario que previamente se formulen algunas precisiones acerca de la vigencia de la norma.

Acerca de la vigencia de la norma contenida en el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado

9. Corresponde ahora evaluar si la norma cuya inaplicación se solicita continúa vigente en el ordenamiento jurídico nacional. Con relación a ello, la Sala Superior que resolvió la presente causa en segunda instancia o grado, usó como argumento para declarar la improcedencia de la demanda, la sustracción de la materia controvertida, dado que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

10. Al respecto, se debe precisar que, si bien es cierto formalmente el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 9 de enero de 2016, se aprecia que esta contiene la misma prohibición de contratar con el Estado alusiva a los parientes de algunos altos funcionarios del Estado. Así, se aprecia que el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017 establecía lo siguiente:

Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista

Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos;

(...)

f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

(...)

Mientras que el artículo 11 de la Ley 30225 (modificado a su vez por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341) establece lo siguiente:

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) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.

(...)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas naturales señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

(...)

Recientemente, con fecha 16 de setiembre de 2018, se publicó en el diario oficial *El Peruano* una nueva modificatoria, a través del Decreto Legislativo 1444 en los siguientes términos:

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 Vocales 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.

(...)

h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales 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 éstas;

(...)

Más allá del matiz que se observa al reducir hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad el citado impedimento, la nueva redacción de la norma alcanza al cónyuge, conviviente y parientes cercanos de ciertos altos funcionarios del Estado, tal como estaba contemplado en el Decreto Legislativo 1017. Por consiguiente, materialmente, la prohibición denunciada (aquella que alcanza al actor en cuanto a su condición de hermano de un congresista) persiste, pues la relación entre hermanos se ubica en el segundo grado de consanguinidad. Siendo así, este Colegiado estima que no corresponde declarar la sustracción de la materia, en relación a este extremo de la demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

Acerca del carácter autoaplicativo de la norma bajo análisis

11. Establecida entonces la vigencia de la norma que fija impedimentos al cónyuge, conviviente y algunos parientes cercanos de determinados altos funcionarios públicos, corresponde señalar que esta, tal como fluye de su redacción, constituye una norma autoaplicativa en tanto, estando vigente, resulta de aplicación inmediata e incondicionada.
12. Refuerza esta calificación lo afirmado por la propia demandada en su escrito de contestación de la demanda, quien aduce que “la controversia en el presente proceso está referida al inciso f) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones (...) y que la pretensión del demandante está dirigida a que se efectúe una interpretación especial de la ley (...) sin considerar el principio jurídico relativo a que no es posible distinguir donde la ley no distingue, habiéndose planteado el impedimento como un (sic) general a todos los representantes del Congreso, no teniendo nuestra entidad la prerrogativa de efectuar una interpretación especial (...) más aún, cuando la citada interpretación desnaturaliza la interpretación gramatical de la norma y la regla establecida (...)” (fundamento 18 de la contestación de la demanda a fojas 41 y 42) y “la decisión de inscribir a un proveedor en el Registro de nuestra entidad no es un tema de evaluación subjetiva relativa a la presunción de inocencia, ni la denegatoria una sanción administrativa al proveedor, siendo el caso del demandante uno de aplicación de los impedimentos previstos en los incisos a) y f) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones (...)” (fundamento 20 de la contestación de la demanda a fojas 42).
13. Quiere esto decir que corresponde analizar la presunta transgresión de derechos fundamentales por la aplicación automática de la norma en cuestión, pues se trata de una norma autoaplicativa, la cual, a consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada, genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos a los que va dirigida, máxime si, como se detalla en el fundamento anterior, OSCE efectúa una aplicación gramatical de la ley. Dicho de otra manera, nos encontramos ante el supuesto de procedencia del amparo contra norma jurídica, la que representaría una amenaza a los derechos fundamentales.

§3. Análisis de fondo

Acerca del derecho a la libertad de contratación

14. El artículo 2, inciso 14, de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de contratación en los términos siguientes: “Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...)14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

Del mismo modo, el artículo 62 del texto constitucional precisa:

La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...]

15. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la libertad de contratación garantiza la facultad para crear, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales o jurídicas. Igualmente ha expresado que tal vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y no contravenga las leyes de orden público (cfr. sentencia recaída en el Expediente 07339-2006-PA/TC, fundamento 47).
16. En reiterada jurisprudencia (cfr. sentencias recaídas en los Expedientes acumulados 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC, fundamento 52, y 02185-2002-PA/TC, fundamento 2), el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la libre contratación se fundamenta en el clásico principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido:
 - a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y
 - b. Libertad contractual —que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución (cfr. sentencia recaída en el Expediente 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)—, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.
17. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha concluido que el contenido del derecho a la libre contratación (cfr. sentencia recaída en los Expedientes 00004-2004-PI/TC, 00011-2004-PI/TC, 00012-2004-PI/TC, 00013-2004-PI/TC, 00014-2004-PI/TC, 00015-2004-PI/TC, 00016-2004-PI/TC y 00027-2004-PI/TC, fundamento 8), está constituido, en principio, por las siguientes posiciones iusfundamentales:
 - i) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

- ii) Autonomía para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual;
18. Si bien, desde una perspectiva preliminar, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, ello no quiere decir que la totalidad de su contenido se agote en la tutela de su dimensión individual y se prescindiera de consideraciones institucionales. Con relación a ello, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a la libre contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances por límites implícitos y explícitos. Límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. (cfr. sentencia recaída en el Expediente 02670-2002-PA/TC, fundamento 3)
19. Siendo así, resulta evidente que la norma que fija el impedimento para contratar con el Estado a familiares y parientes cercanos de los congresistas tal como se detalla en el fundamento 10 *supra* constituye una limitación al derecho a la libertad de contratación del recurrente, pues este es hermano del congresista Víctor Andrés García Belaúnde y, consecuentemente, no puede contratar con el Estado.
20. Frente a ello, este Tribunal reconoce que los procesos de contratación del Estado se rigen por una serie de principios que la propia legislación contempla. Así, el artículo 2 de la Ley 30225 (modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341), presenta una relación abierta de principios, entre los cuales cabe resaltar los siguientes:
- Libertad de concurrencia. Las entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.
 - Igualdad de trato. Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.
 - Transparencia. Las entidades proporcionan información clara y coherente con el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

- Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.
- Integridad. La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la cual, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

Estos principios informan a todo el procedimiento de contrataciones del Estado, constituyendo las bases sobre las que se erige todo el sistema de contrataciones estatal. Siendo así, las normas sobre la materia deben tener presente estos principios y no transgredirlos.

21. Atendiendo a estos principios, la existencia de restricciones o impedimentos a la participación de ciertas personas naturales o jurídicas, debe entenderse a la luz de que dichas prohibiciones coadyuvan al logro o cumplimiento de los mencionados principios. En el presente caso, se aprecia una tensión entre la libertad de contratación y la potestad del legislador de establecer restricciones a dicho derecho, plasmado concretamente en el impedimento de contratar con el Estado que tiene como destinatario a los familiares de los congresistas, detallados en el artículo 11, inciso “h” de la Ley 30225 (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativos 1341 y 1444).
22. En esa línea, resulta razonable el impedimento si es que la contratación se realiza con el Congreso de la República, pues se trata de la entidad a la que pertenece el congresista y, resulta evidente, sobre la cual puede ejercer influencia directa, generándose suspicacias y notorios conflictos de interés. Este mismo razonamiento puede hacerse extensivo a todos aquellos familiares o parientes de los funcionarios públicos mencionados en el citado artículo 11.1, inciso “a”. Sin embargo, lo mismo no puede predicarse respecto a extender el impedimento a las contrataciones que el cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales señaladas en dicho artículo realicen con cualquier otra entidad estatal, supuesto respecto al cual se centrará el análisis contenido en los fundamentos 23 a 27 de la presente sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

23. A efectos de resolver esta controversia corresponde hacer uso del test de proporcionalidad, herramienta de la que ha hecho uso el Tribunal Constitucional en varias ocasiones (v.g., sentencia recaída en el Expediente 00045-2004-PI/TC). Así, se deberá determinar lo siguiente: i) si la medida restrictiva descrita en los fundamentos 21 y 22 *supra* responde a un fin constitucional legítimo; ii) si la medida es adecuada para cumplir dicho fin (juicio de idoneidad); iii) si no existe otro medio alternativo menos gravoso respecto de los derechos comprometidos (juicio de necesidad); y (iv) si la medida adoptada es proporcional (test de proporcionalidad en sentido estricto). La aplicación de cada examen o juicio es sucesiva, de modo tal que no será necesario pasar al siguiente examen si es que no se supera el juicio que lo antecede. Es decir, solo si la medida bajo examen es idónea, se pasará al juicio de necesidad. Si es que se determina la necesidad de la medida, se pasará al test de proporcionalidad en sentido estricto.
24. Respecto a los fines constitucionalmente legítimos, se debe señalar que el impedimento de que familiares cercanos de los funcionarios públicos mencionados en el artículo 11.1, inciso “a”, de la Ley 30225 (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativo 1341 y 1444) puedan contratar con el Estado tiene como propósito evitar favoritismos en las contrataciones del Estado que tengan como destinatarios a familiares de autoridades que ostentan poder político y así velar por que prime el mérito y las calificaciones personales para la provisión de un bien o servicio al Estado, por lo que la norma examinada cumple con fines como, garantizar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y contribuir a asegurar el cumplimiento de los fines del Estado; por ejemplo, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (para lo cual el Estado necesita contratar con particulares que coadyuven al cumplimiento de su misión).
25. Con relación a la idoneidad de la norma descrita, este Colegiado considera que efectivamente, es probable que exista la posibilidad que se produzca una disminución de las posibilidades de que alguno de los altos funcionarios mencionados pretenda ejercer influencia para que se favorezca la contratación de algún familiar o pariente suyo. Por consiguiente, la prohibición bajo análisis, efectivamente, elimina una posible fuente de interferencia indebida o direccionamiento irregular en las contrataciones del Estado. En atención a ello, el impedimento establecido es idóneo para la consecución de los fines indicados.
26. Acerca del juicio de necesidad, se debe dilucidar si existen otras alternativas menos gravosas, es decir que no afecten los derechos comprometidos o generen en ellos la menor restricción posible. Partiendo de esta premisa, cabe enfatizar que, sí es posible establecer medidas menos gravosas, para impedir favoritismos que rompan con la igualdad de trato que merece todo postulante a celebrar un contrato con el Estado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

Dichas medidas están contempladas en la propia Ley 30225. Por ejemplo, en el artículo 10 de la misma (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativos 1341 y 1444) se establece la obligación de la entidad de supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. Asimismo, conforme al artículo 52 de la misma ley (modificado por el Decreto Legislativo 1444), OSCE tiene entre sus funciones:

(...)

- a) Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados.
- b) Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, y a pedido de parte de los procesos de contratación que se realicen al amparo de la presente norma y su Reglamento, y disponer la adopción de las medidas que correspondan. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.

(...)

Quiere esto decir que existen mecanismos o herramientas que la propia ley prevé para supervisar los procesos de contratación del Estado y garantizar la regularidad de estos, eliminando cualquier atisbo de favoritismo en función al parentesco de las personas con alguna autoridad estatal.

Atendiendo a este hecho, existe un conjunto de alternativas que resultan menos onerosas para conseguir los fines que la norma bajo análisis persigue. 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 (modificada por el Decreto Legislativo 1444) relativo al impedimento del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1. a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

27. Se advierte, además, que la norma bajo análisis contraviene algunos de los principios que, según la propia ley, deben regir las contrataciones del Estado, tales como el principio de la libre concurrencia (al limitar el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación estatales) y el principio de competencia (pues los procesos de contratación deben incluir disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación, encontrándose prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia).
28. Llegado a este punto, se debe dejar claramente establecido que, si bien es cierto que este Colegiado juzga que el impedimento bajo análisis resulta desproporcionado y configura una amenaza de transgresión al derecho a la libre contratación, con la excepción de la prohibición de contratación con la propia entidad en la que laboren los altos funcionarios públicos mencionados, se debe precisar la peculiar situación que ostentan el presidente a y los vicepresidentes de la República, personas naturales también mencionadas en la norma en evaluación.
29. Así, conforme al artículo 110 de la Constitución, el presidente de la República es jefe de Estado. Sin embargo, fluye del artículo 118 de la Constitución, particularmente del inciso 3, que establece la competencia del presidente de la República para dirigir la política general de Gobierno, que el ostenta también la condición de jefe de Gobierno. Ello significa que, además de encabezar el Poder Ejecutivo (como jefe de Gobierno), se coloca por encima de los demás poderes constituidos (como jefe de Estado). La categoría de Jefe de Estado “pone al Presidente de la República por encima de los demás poderes existentes y como un gran regulador de la vida política” (cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 247). La condición de jefe de Estado se ve reflejada, además, en el artículo 39 de la Constitución al señalarse que “El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional (...)”.
30. No estamos, en el caso del presidente de la República, frente a una persona natural como las otras mencionadas en el artículo 11.1 inciso “a” bajo análisis, pues a diferencia de estos (congresistas, jueces supremos titulares y miembros de organismos constitucionales autónomos), que ejercen funciones en instituciones públicas claramente delimitadas (Congreso de la República, ministerios, Poder Judicial, organismos constitucionales autónomos), el presidente de la República, al tener la doble condición de jefe de Estado y la de jefe de Gobierno, extiende su ámbito de influencia y poder formal sobre todo el aparato estatal.
31. Siendo así, al cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del presidente de la República, sí puede aplicárseles el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

impedimento de contratación con el Estado siguiendo la misma la misma lógica de validez del impedimento descrita en el fundamento 22 *supra* (en el sentido de que al tener un ámbito de influencia sobre todo el aparato estatal, puede ejercer influencia directa y generar suspicacias, además de notorios conflictos de interés), haciéndola extensiva a todas las instituciones del Estado.

32. De otro lado, también es necesario realizar precisiones respecto a la figura de los vicepresidentes de la República. Conforme al artículo 115 de la Constitución: “Por impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo Vicepresidente. Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso”. Consecuentemente, los vicepresidentes, en cuanto tales, solo ejercerán un rol en el aparato estatal, en cuanto asuman la Presidencia de la República en los supuestos de impedimento temporal o permanente del presidente de la República. Siendo así, este Colegiado, juzga que el mismo razonamiento realizado respecto a lo desproporcionado del impedimento evaluado, descrito en los fundamentos 23 a 27 *supra*, resulta de aplicación con relación al cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los vicepresidentes de la República, en tanto estos últimos ostenten el rol como tales.
33. En base a todo lo expuesto, se observa que las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso “h” de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444) relativas al impedimento del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1. a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, configuran una amenaza de violación al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso, con las siguientes excepciones: a) la contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la contratación del cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República.
34. Y, consecuentemente, 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.

Acerca del derecho a la presunción de inocencia

35. En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “Toda persona acusada de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)”. De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada” (cfr. sentencia emitida en el caso Suárez Rosero versus Ecuador, párrafo 77).

36. En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24, de la Constitución establece que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. De esta manera, el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, artículo 1 de la Constitución), como en el principio *pro hómine*.
37. Se ha señalado en anterior oportunidad (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21 y 22) que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción *iuris tantum*, implica que “(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva”. De igual forma, se ha dicho (cfr. sentencia emitida en el Expediente 02915-2004-PHC/TC, fundamento 12) que “la presunción de inocencia se mantiene ‘viva’ en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)”.
38. En sede administrativa sancionatoria, este derecho se denomina presunción de licitud y se encuentra previsto en el artículo 246, inciso 9, del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo texto dispone:

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

(...)

39. Si bien es cierto el caso bajo análisis no se enmarca dentro de un procedimiento administrativo sancionador, sino plantea un cuestionamiento a los impedimentos para contratar con el Estado, queda claro que es razonable hacer extensivo el derecho a la presunción de inocencia 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. Sostener lo contrario significaría que se está presumiendo que una persona por el sólo hecho de ser familiar o pariente de dichos funcionarios estatales, está recurriendo a influencias indebidas para obtener un contrato con algún ente público, presunción que no se condice con el aludido principio de licitud. 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.
40. Finalmente, en atención a que se encuentra acreditada la amenaza de vulneración de los derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia, corresponde ordenar que la parte demandada asuma el pago de los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, mas no así al pago de costas por encontrarse exonerada del pago de estas conforme al citado dispositivo, al tratarse de una entidad estatal.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, en virtud del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad de contratación y el principio de presunción de inocencia.
2. **ORDENAR** a la emplazada el pago de costos procesales a favor del recurrente.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el pago de costas procesales.
4. **DISPONER** que la entidad demandada no vuelva a incurrir en los actos de amenaza de violación que motivaron la interposición de la presente demanda de amparo, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien me encuentro conforme con declarar fundada la demanda, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. Expreso mi discrepancia con relación a la aplicación del “test de proporcionalidad”, como el instrumento para dar solución al conflicto iusfundamental planteado, ya que el Tribunal Constitucional viene utilizado innecesaria e indebidamente en diversas ocasiones este instrumento para resolver las causas.
2. A mi juicio, el denominado test de proporcionalidad encierra un análisis teórico que se asienta en preconceptos que no son de recibo como prioritarios ni condicionantes frente al análisis del caso que se controvierte; análisis que debe partir de la apreciación de la situación fáctica que genera la controversia (no de preconceptos teóricos, que se invocan cual si fueran apotegmas bíblicos o verdades absolutas) y, a partir de ahí, aplicar el Derecho que corresponde y las demás fuentes permitidas, dentro de una lógica que, sin tantas digresiones ni envolturas teóricas, permita al juez, aplicando su sano juicio y criterio común, apreciar si la autoridad ha actuado con razonabilidad y proporcionalidad, y no ha incurrido en una actitud arbitraria.
3. Por otro lado, también discrepo y me aparto del análisis subjetivo contenido en los fundamentos 28 a 33, que señalan como constitucionalmente correcto impedir legalmente la contratación con el Estado por 5 años de los familiares consanguíneos o afines del presidente de la República y vicepresidentes.
4. Discrepo de tales argumentos porque considero que se encuentran basados solo en presunciones o prejuicios sociales destinados únicamente a negar el trabajo a un grupo de ciudadanos sin que de por medio existan hechos que demuestren con total rotundidad que por ser familiares del presidente de la República y vicepresidentes durante el periodo que les toca asumir dichos cargos, estos carezcan de méritos suficientes para trabajar o contratar con el Estado.
5. El desarrollo de las capacidades, destrezas o competencias de una persona de acuerdo con sus conocimientos no dependen de un familiar consanguíneo o por afinidad, sino de la aplicación de dichos conocimientos a través de su trabajo. En tal sentido, es imposible que el simple hecho de que un ciudadano sea elegido presidente de la República o vicepresidentes, incida en el desarrollo de las capacidades personales o profesionales de sus familiares, como si ello se tratará de una fórmula mágica de incompetencia laboral.
6. Por ello, no comparto la suerte de estigmatización en perjuicio de los familiares del presidente de la República y los vicepresidentes que contienen normas como el artículo 11.1, inciso “h” de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444), para que aquellos puedan ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, por cuanto, en abstracto no se puede presumir de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

manera razonable la potencial existencia de favoritismos o ventajas para este grupo de personas.

7. Es más, toda persona, por el hecho de ser tal, tiene sus derechos constitucionales al trabajo, al ejercicio de una profesión u oficio, a contratar y a realizar todas sus actividades en igualdad de condiciones, debiendo el Estado garantizar su pleno ejercicio, no siendo admisible, lógico ni justo, que, basándose en una inconstitucional presunción de culpabilidad y en una cuestionable lógica de desconfianza, se le convierta en una suerte de minusválido en el ejercicio de sus derechos constitucionales por situaciones o circunstancias que le son totalmente ajenas, como el que algún pariente ingrese al sector público.

S.

BLUME FORTINI





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso, estimo que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE** por haber operado la sustracción de la materia.

El demandante pretende que se inaplique, en su caso, el artículo 10, literal f, del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, que impide ser participante, postor y contratista con el Estado al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los altos funcionarios estatales; y, en consecuencia, que se ordene al OSCE le permita reinscribirse en el Registro Nacional de Proveedores del Estado.

En su demanda afirma que su hermano se desempeña como Congresista de la República y que, por esa razón, se encuentra impedido por el dispositivo legal precitado de contratar con el Estado en calidad de proveedor, lo cual considera una medida irrazonable, toda vez que los congresistas, fuera del ámbito del Congreso de la República, no tienen capacidad para favorecer a sus parientes. Agrega que, por ese motivo, ha sido forzado a renunciar a su condición de proveedor que tenía.

Sobre el particular, debe precisarse que, en la actualidad, el Decreto Legislativo 1017 ha sido reemplazado por la Ley 30225, la cual, no obstante, también contiene similar prohibición legal a la que se denuncia. El artículo 11, inciso h, de esta última ley (modificado por el Decreto Legislativo 1444) establece que 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 ley, entre otros altos funcionarios, los Congresistas de la República mientras ejerzan el cargo y hasta doce meses después de haber dejado el mismo; así como su cónyuge, conviviente o los parientes hasta el “segundo grado de consanguinidad” o afinidad, de acuerdo a los criterios que ahí se mencionan.

En mi opinión, considero que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, en la medida que ha desaparecido el hecho que habilitaba el impedimento legal del demandante de contratar como proveedor del Estado, ya que su hermano ha dejado de ser Congresista de la República. Como es de conocimiento público, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 30 de setiembre de 2019, se disolvió el Congreso de la República y se revocó el mandato parlamentario de los congresistas, incluido, el del hermano del demandante, Víctor Andrés García Belaúnde.

De ahí que, en la actualidad, el recurrente ya no está prohibido de reinscribirse como proveedor del Estado, más aún cuando han transcurrido los doce meses luego de haberse dejado el cargo que establece el artículo 11, inciso a, de la Ley 30225; y, además, el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

hermano en cuestión tampoco ha sido reelegido como congresista en las Elecciones Congresales Extraordinarias del 26 de enero de 2020 para completar el periodo 2016-2021. Por ello, la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

LEDESMA NARVÁEZ





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por la ponencia de la mayoría, emito el presente voto singular por las siguientes razones:

Delimitación del Petitorio

1. Con fecha 19 de abril de 2013, don Domingo García Belaúnde interpone demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a fin de que se le permita ser considerado proveedor de servicios para el Estado.
2. Aduce que, pese a haberse inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, con una vigencia desde el 18 de setiembre de 2012 hasta el 18 de setiembre de 2013, se vio forzado a renunciar a su condición de proveedor de servicios para el Estado, pues se le hizo saber, de modo extraoficial, que había incurrido en una incompatibilidad prevista en la normativa sobre contrataciones del Estado, ya que tiene un hermano congresista, por lo que debía renunciar, caso contrario será denunciado penalmente.
3. Sostiene que, si bien es cierto resulta razonable que la ley fije impedimentos para contratar con el Estado a los congresistas, el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, extiende dichas prohibiciones al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, desconociendo que los congresistas, fuera del ámbito del Congreso de la República, no tienen capacidad para favorecer a sus parientes, pues no realizan obra pública, no tienen iniciativa de gasto y, en todo caso, forman parte de un órgano colegiado, el Congreso de la República, cuyas decisiones se adoptan colectivamente.
4. Alega que dicha prohibición vulnera sus derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia. Por lo tanto, solicita que se le permita inscribirse nuevamente en el Registro Nacional de Proveedores y se inaplique el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, así como el pago de costas y costos procesales.

Contestación de la demanda

5. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) contestó la demanda y negó que exista amenaza alguna contra el actor, pues como lo refiere él mismo, las presuntas amenazas le fueron comunicadas por personas ajenas al OSCE. Asimismo, señaló que el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017 no afecta los derechos fundamentales del demandante, pues el artículo 2,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

inciso 14 de la Constitución, fija límites a la libertad de contratación, al establecer que se puede contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público, mientras que el artículo 76 de la Constitución establece la obligación de realizar un procedimiento previo para contratar con el Estado. Asimismo, señala que la disposición cuestionada es una regla de transparencia en el gasto del Estado y no constituye una norma arbitraria

Sentencia de primera instancia o grado

6. El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 29 de setiembre de 2014, declaró fundada la demanda, porque, 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; y, por otro lado, el actor reúne las calificaciones del caso para ser proveedor del Estado, pues es un conocido especialista en Derecho Constitucional y docente con amplia experiencia. 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.

Resolución de segunda instancia o grado

7. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, pues, a su juicio, se ha producido la sustracción de la materia controvertida, dado que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225.

Delimitación del asunto litigioso

8. En líneas generales, el demandante solicita lo siguiente: a) que se le permita reinscribirse en el Registro Nacional de Proveedores del Estado; y b) que se inaplique, en su caso, el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017, que impide ser participante, postor y contratista con el Estado al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los altos funcionarios estatales citados en el artículo 10.a de la citada norma. En consecuencia, corresponde determinar si dicha norma, previo análisis de su vigencia, vulnera los derechos fundamentales del actor a la libre contratación y a la presunción de inocencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

Consideraciones procesales

9. En el presente caso, cabe mencionar que, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 30 de setiembre de 2019, se disolvió el Congreso de la República (artículo 1), revocándose el mandato parlamentario a todos los congresistas que no integraron la Comisión Permanente (artículo 2). Aunado a ello, en la actualidad, los congresistas que conforman el Congreso de la República han sido elegidos en las elecciones celebradas el 26 de enero de 2020, entre los cuales no se encuentra el hermano del demandante, Víctor Andrés García Belaúnde.
10. En atención a ello, en las actuales circunstancias, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, dado que el recurrente ya no tiene impedimentos para reincorporarse al Registro Nacional de Proveedores, y consecuentemente contratar con el Estado, toda vez que su hermano ya no es congresista. En ese sentido, se ha producido la sustracción de la materia.
11. De igual manera, el decreto legislativo 1017 ha sido derogado por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 9 de enero de 2016, por lo cual tampoco existe documento normativo por el cual pronunciarse. Aquí, nuevamente, se ha producido la sustracción de la materia.

En consecuencia, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por la mayoría de mis colegas, que han declarado fundada la demanda. Por mi parte, considero que la demanda debe ser declarada improcedente, tal como pasaré a explicar seguidamente:

1. Me parece evidente que en el presente caso ha operado la sustracción de la materia. En efecto, como aparece en autos, la inscripción del amparista en el Registro Nacional de Proveedores se encuentra vencida y, además de ello, su hermano ya no es congresista. Con base en ambas consideraciones, es evidente que el recurrente actualmente no se beneficia de la posición iusfundamental alegada y que es imposible que exista una posible vulneración iusfundamental.
2. Además de lo anterior, en el presente caso no se encuentra acreditada debidamente la amenaza que se invoca, que se sustenta básicamente en comentarios extraoficiales que habría recibido y que no se encuentran corroborados del algún modo en autos.
3. En este orden de ideas, considero que el Tribunal Constitucional está impedido de emitir un pronunciamiento de fondo. El caso analizado versa sobre una norma autoaplicativa, como el Decreto Legislativo 1017, que por una parte no constituye una amenaza cierta e inminente para el demandante, y que por otra no resulta aplicable al caso concreto debido a la sustracción que ha operado. En este orden de ideas, la demanda solo puede ser declarada improcedente con base en los artículos 1 y 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.
4. Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que podría plantearse alguna discusión constitucional en torno a los límites que la regulación prevista en el Decreto Legislativo 1017 establece en torno a los impedimentos para contratar; sin embargo, tomando en cuenta las particularidades de nuestro modelo de control constitucional, calificado por algunos como “dual” o “paralelo”, y atendiendo a que no existe posibilidad de que el Decreto Legislativo 1017 sea aplicado al caso concreto, una pretensión así solo podría tramitarse, por lo pronto, mediante la vía del proceso de inconstitucionalidad.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA