

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

“El impedimento para contratar con el Estado por razón de parentesco con altos funcionarios públicos”

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho Administrativo

Autor:

Abraham Hanabi Alvarado Tamayo

Asesor:

Paul Nicolás Villegas Vega

Lima, 2021

RESUMEN

En el marco de la normativa de contratación pública, en particular desde la emisión del Decreto Legislativo N° 1017 hasta la recopilación en el actual Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, el legislador estimó pertinente incluir en el apartado referido a los impedimentos para contratar con el Estado, uno relacionado a los cónyuges, convivientes o parientes, entre otros, de funcionarios que ocupan “altos” cargos públicos, y ello en virtud a determinados grados de consanguinidad o afinidad.

Quizás por temas relacionados a prevenir conflictos de intereses, evitar actos de corrupción o prácticas indebidas (favoritísimos), o tal vez por mera conveniencia administrativa, el legislador considera que el impedimento en cuestión debe permanecer en la normativa aplicable.

En ese sentido, el presente trabajo de investigación tiene por objetivo general el analizar la controversia de extender una prohibición –impedimento– para contratar con el Estado a personas naturales que tienen un vínculo de parentesco con “altos” funcionarios públicos, pero sobre todo que dicha medida tenga un alcance nacional (impedimento absoluto), se encuentre vigente durante todo el tiempo en que se ejerzan dichos cargos, e incluso hasta doce (12) meses después de que se hayan dejado los mismos (impedimento de larga duración).

Cabe indicar que la disposición adoptada resulta ser irracional y desproporcionada, así como atentatoria de derechos fundamentales, e incluso de principios que rigen la misma contratación pública.

Así las cosas, se advertirá que existen otras alternativas viables que se encuentran alineadas al marco normativo de la contratación pública, y que pueden coadyuvar en la prevención de la problemática advertida por el legislador.

Palabras clave: contratación pública – impedimentos – vínculo de parentesco – conflictos de intereses – funcionarios públicos.

ABSTRACT

Within the framework of public procurement regulations, in particular from the issuance of Legislative Decree N° 1017 until the compilation in the current Single Ordered Text of Law N° 30225, the legislator considered it pertinent to include in the section referring to the impediments to contract with the State, one related to spouses, partners or relatives, among others, of officials who occupy "high" public positions, and this by virtue of certain degrees of consanguinity or affinity.

Perhaps due to issues related to preventing conflicts of interest, avoiding acts of corruption or improper practices (highly favored), or perhaps for mere administrative convenience, the legislator considers that this impediment should remain in the applicable regulation.

In this sense, the present research work has the general objective of analyzing the controversy of extending a prohibition –impediment– to contract with the State to persons who have a kinship bond with "high" public officials, but above all that the measure has a national scope (absolute impediment), is in force during the entire time in which the said positions are held, and even up to twelve (12) months after they have been left (long-term impediment).

It should be noted that the provision adopted turns out to be irrational and disproportionate, as well as violating fundamental rights, and even the principles that govern public procurement itself.

Thus, it will be noted that there are other viable alternatives that are aligned with the regulatory framework of public procurement, and that can contribute to the prevention of the problem that has been warned by the legislator.

Keywords: public procurement – impediments – kinship link – conflicts of interest – public officials.

INDICE DE CONTENIDO

I.	CAPÍTULO 1: EL POSTOR EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
1.1	La contratación pública: Importancia.	pp. 7.
1.2	El postor en el procedimiento de contratación pública: Requisitos para su participación.	pp. 9.
1.3	Los impedimentos para contratar con el Estado: Finalidad.	pp. 13.
II.	CAPÍTULO 2: EL IMPEDIMENTO Y LA NORMATIVA EN EL TIEMPO	
2.1	Antecedente: El Decreto Legislativo N° 1017 y su modificatoria por la Ley N° 29873.	pp. 17.
2.2	Un “nuevo” punto de inicio: La Ley N° 30225 y su modificatoria por el Decreto Legislativo N° 1341.	pp. 20.
2.3	Situación actual: La recopilación en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225.	pp. 25.
III.	CAPÍTULO 3: ANÁLISIS COMPARADO DEL IMPEDIMENTO	
3.1	Aplicación y alcance del impedimento en el caso de Colombia.	pp. 27.
3.2	Aplicación y alcance del impedimento en el caso de España.	pp. 28.
3.3	Similitudes y diferencias con el caso de Perú.	pp. 32.
IV.	CAPÍTULO 4: APLICACIÓN DEL IMPEDIMENTO	
4.1	Naturaleza jurídica del impedimento y su configuración como elemento del tipo infractor establecido en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225.	pp. 35.
4.2	El impedimento y la limitación a los derechos constitucionales de la libertad de contratación, a participar de la vida económica de la Nación, y al trabajo.	pp. 38.
4.3	El impedimento y la limitación de los principios de contratación pública de libertad de concurrencia e igualdad de trato.	pp. 42.
4.4	Planteamiento de alternativas.	pp. 43.
	CONCLUSIONES	pp. 45.
	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	pp. 48.

INTRODUCCIÓN

Del artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225; Ley de Contrataciones del Estado se desprende, de manera expresa y textual, que su finalidad principal es la de establecer normas orientadas a la promoción de la actuación de la administración pública bajo el enfoque de la “gestión por resultados” en la contratación estatal.

Así pues, lo que pretende la normativa de contratación pública, qué duda cabe, es que las obras se ejecuten, los bienes se entreguen y los servicios se realicen, siempre que las mismas se efectúen de manera oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, en aras de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos.

Ahora bien, las personas naturales o jurídicas que se encuentren interesadas en participar de un procedimiento de selección convocado por una entidad pública necesitan encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), que funge como registro que habilita dicha participación, y no estar inhabilitado, suspendido o no tener impedimento para contratar con el Estado.

En lo que a nuestro objeto de investigación concierne, en el numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225; Ley de Contrataciones del Estado se han establecido una serie de supuestos en virtud de los cuales se prohíbe –impide– ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable e incluso en aquellas contrataciones por montos iguales o inferiores a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Así pues, se entendería que dichos supuestos están relacionados con restricciones que el legislador ha tenido a bien considerar en el marco de las contrataciones con el Estado, y que se sustentan en evitar algún aparente conflicto de intereses o, incluso, el uso del poder de influencia de los funcionarios públicos para favorecerse a sí mismos o a terceros.

En virtud a dichos sustentos, la normativa de contratación pública no solo estableció prohibiciones –impedimentos– respecto de funcionarios que ocupan “altos” cargos públicos en el ámbito estatal como lo son, entre otros, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República y los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, sino también ha considerado extender tales prohibiciones –impedimentos– a sus cónyuges, convivientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, en un determinado periodo de tiempo y ámbito geográfico.

Esta última medida que ha sido aludida, siguiendo lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 6 de noviembre de 2020 y recaída en el Expediente N° 03150-2017-PA/TCE, resulta ser autoaplicativa pues desde la entrada en vigencia resulta aplicable de manera inmediata e incondicionada generando, en estricto, una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos a los que va dirigida, vulnerando así derechos fundamentales.

Así las cosas, mediante la presente investigación se abordará la controversia no solo de extender una prohibición –impedimento–, para contratar con el Estado, a personas naturales por el solo hecho de tener un vínculo de parentesco con funcionarios que ocupan “altos” cargos públicos en el ámbito estatal, sino también que dicha medida sea de alcance nacional (impedimento absoluto), y durante todo el tiempo en que se ejerzan dichos cargos públicos, e incluso hasta doce (12) meses después de que se hayan dejado los mismos (impedimento de larga duración), lo que resulta ser irracional y desproporcionado, así como atentatorio de derechos fundamentales, e incluso de principios que rigen la misma contratación pública.

Para dichos efectos, se recurrirá a pronunciamientos jurisprudenciales emitidos sobre la materia, así como al análisis que sobre la misma puedan haber desarrollado reconocidos autores expertos. Asimismo, se realizará un análisis comparado entre la normativa nacional y la normativa internacional respecto al objeto de estudio, a efectos de advertir la existencia y los alcances que le ha sido brindado al impedimento cuestionado.

I. CAPÍTULO 1: EL POSTOR EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como primera cuestión se pretende analizar el rol que tiene la contratación pública en la vida de nuestra Nación, ya que su finalidad no solo implica la contribución en el desarrollo económico del país, sino también la satisfacción de las necesidades públicas, siendo una innovación para dichos efectos la aplicación del enfoque de la “gestión por resultados”.

Dicho ello, y bajo los alcances del principio de libertad de concurrencia, se analizará el rol que desempeñan los postores en los procedimientos de contratación pública, cuya participación se encuentra condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos como lo es, entre otros, el de no tener impedimento para contratar con el Estado.

De esa manera, estando *en estricto* en el ámbito de la contratación pública, se hará una introducción a los impedimentos para contratar con el Estado que se encuentran normados en el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225; Ley de Contrataciones del Estado y, en concreto, respecto del impedimento para contratar con el Estado por razón de parentesco con “altos” funcionarios públicos.

1.1 La contratación pública: Importancia.

En el artículo 76 de la vigente Constitución Política del Perú, se ha reconocido a la contratación pública en los siguientes términos:

“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.”¹

1. Rubio Correa, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sexta edición. Lima, 2017.

Dicho precepto constitucional establece un marco general que, actualmente, viene desarrollado por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225; Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante el **TUO de la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus respectivas modificatorias, en lo sucesivo el **Reglamento**.

Dicho ello, del artículo 1 del TUO de la Ley se advierte que la finalidad principal de la normativa aplicable es la promoción de la actuación de la administración pública bajo el denominado enfoque de la “gestión por resultados”, es decir, lo que se pretende es que las obras se ejecuten, los bienes se entreguen y los servicios se realicen, no correspondiendo una sobre regulación del procedimiento de selección, pues podría conllevar a la demora del mismo.

Así pues, cada etapa que integra la estructura del procedimiento de contratación pública debe encontrarse orientada a que el procedimiento *en sí* sea más ágil, pero otorgando, evidentemente, un ámbito de actuación a los operadores y autoridades encargadas de llevar a cabo el mismo.

Es bajo dicho contexto, por ejemplo, que se enmarca el principio de eficacia y eficiencia, el que de acuerdo al literal f) del artículo 2 del TUO de la Ley, busca que el procedimiento de contratación pública y las decisiones que se adopten en su ejecución se encuentren encaminadas al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad pública, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales.

En esa línea, respecto a la “gestión por resultados”, Danos Ordoñez afirma que “...el objetivo que se plantea, (...) es manifestar que la contratación del Estado (...) es un proceso logístico; no es en sí una finalidad. Es un medio para que el Estado cumpla su objetivo en beneficio del interés general”. Asimismo, más adelante, agrega que “...Si es que se frustra este proceso, si es que no se puede contratar, o si es que contratando no se llega a entregar la obra, o entregar los

bienes y servicios, entonces no hay resultados y con ello se está perjudicando el interés público”.²

Si bien para hacer frente a sus necesidades propias las entidades, evidentemente, deben contratar bienes, servicios y hacerse de obras de infraestructura varia mediante su ejecución, lo cierto es que con ello se satisface *en sí* las necesidades de la sociedad, es decir, lo que se conoce como el interés general.

Entonces, mediante la contratación pública se debe garantizar la efectiva satisfacción de las necesidades públicas, con el objeto de que se mejore continuamente las condiciones de vida de las personas, debiendo hacerse un uso adecuado y responsable de los recursos del Estado.

1.2 El postor en el procedimiento de contratación pública: Requisitos para su participación.

De acuerdo al Anexo N° 1 – Definiciones, contenido en el Reglamento, debe entenderse por postor a “La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta”.³

Ahora bien, aun cuando se indique que el postor puede ser una persona natural o una persona jurídica, lo cierto es que dicha condición también puede recaer en un consorcio de aquellas, esto es, en una asociación que está conformada: i) por personas naturales y jurídicas; ii) solo por personas naturales o, lo que es más frecuente; iii) solo por personas jurídicas.

Formulada la precisión anterior, se tiene entonces que la condición de postor se adquiere desde el momento en el que se presenta la oferta en el marco de un procedimiento de selección, esto es, durante aquella etapa previa al perfeccionamiento del contrato.

2. Danós Ordóñez, Jorge. "Algunos Aspectos Relevantes de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado - Entrevista: En: *Revista Derecho & Sociedad* N° 44, 2015, Lima.

3. Ministerio de Economía y Finanzas. *Decreto Supremo N° 344-2018-EF; Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado*, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de diciembre de 2018.

Esta participación en el procedimiento de selección tiene su sustento inmediato en el principio de libertad de concurrencia, recogido en el literal a) del artículo 2 del TUO de la Ley, según el cual las Entidades tienen que promover el libre acceso y participación de los proveedores en los procesos de contratación que realicen.

Así las cosas, de la normativa aplicable se advierte, como regla general, la posibilidad de que toda persona natural o jurídica, o un consorcio de aquellas, puedan formar parte de los procedimientos de selección, y ello claro está en condiciones de libre concurrencia.

Sin perjuicio de lo indicado, a efectos de acreditar lo que la doctrina considera como capacidad para obrar, la misma normativa de contrataciones del Estado dispone también una serie de requisitos que son de obligatorio cumplimiento para que un postor –así como los contratistas o subcontratistas– pueda ser parte de un procedimiento de selección convocado por una entidad pública.

En esa línea, Morón Urbina sostiene que dicha capacidad para obrar implica que “...no debe estar impedido ni inhabilitado para contratar con el Estado, y debe contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), que es un registro habilitador para poder participar en los contratos estatales.”⁴

Lo indicado se encuentra plasmado en el numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, así como en el numeral 46.1 del artículo 46 del mismo cuerpo normativo, en los que justamente se indica que para ser, entre otros, postor, no se tiene que estar impedido para contratar con el Estado, y se debe estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, en adelante el **RNP**, respectivamente.

4. Morón Urbina, Juan Carlos y Aguilera Becerril, Zita. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Colección “Lo esencial del derecho” N° 9. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2017.

Primer requisito: Inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP):

En el ya mencionado numeral 46.1 del artículo 46 del TUO de la Ley, se dispone también que el RNP tiene por objeto, entre otros, registrar y mantener actualizada, durante su permanencia en el registro, la información general y relevante de los proveedores interesados en participar en las contrataciones que realiza una entidad pública, esto es, proveer bienes, prestar servicios en general o ejecutar obras.

Por su parte, en el numeral 8.2 del artículo 8 del Reglamento se ha tenido a bien establecer lo siguiente:

“El RNP está organizado por procedimientos de inscripción, actualización de información de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, interesadas en contratar con el Estado, así como por procedimientos de publicidad de esta información, promoción de acceso y fidelización de permanencia, incluyendo procedimientos de monitoreo y control para asegurar la veracidad y la calidad de la información. Para la tramitación electrónica de los procedimientos seguidos ante el RNP los proveedores usan las plataformas informáticas disponibles.”⁵

Así pues, se tiene que mediante el RNP se busca contar con una base de datos confiable en relación a las características de los proveedores del Estado, que bien puede abarcar aspectos legales, técnicos y financieros, a efectos de que las entidades públicas cuenten con herramientas eficaces que coadyuven en la transparencia de las contrataciones que realizan.

En esa línea, cuando una entidad pública tenga que evaluar la oferta presentada por un postor, podrá recurrir a la base de datos del RNP para obtener información confiable de aquel, tal como puede ser su histórico de contratos, estructura societaria, capacidad libre de contratación o el reporte de inhabilitaciones temporales, lo que coadyuvará a la realización de una evaluación integral de la misma.

5. Ministerio de Economía y Finanzas. *Decreto Supremo N° 344-2018-EF; Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado*. Óp. cit. pp. 3.

Finalmente es de señalar que, el registrarse en el RNP consignando información inexacta, es decir, que es incongruente con la realidad, no solo no contribuye a la transparencia durante todo el procedimiento de contratación pública, sino que amerita ser sancionado administrativamente con una inhabilitación temporal no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses, en virtud al literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, en concordancia con el literal b) del numeral 50.4 del mismo artículo de dicho instrumento legal.

Segundo requisito: No tener impedimento para contratar con el Estado:

En el aludido numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de Ley, el legislador ha considerado normar hasta veinte (20) supuestos de impedimento [literales a) a la t)] en los que no se debe incurrir, a efectos de poder ser, entre otros, un postor en el marco de un procedimiento de selección.

De una primera revisión a dicha lista, se advierte que los impedimentos en cuestión estarían referidos, entre otros, a lo siguiente:

- i) evitar supuestos de conflictos de intereses;
- ii) restringir la participación de aquellos que se encuentran sancionados administrativamente, incluidas las personas jurídicas mediante las cuales se intentaría evadir el cumplimiento de dicha sanción;
- iii) prohibir la concurrencia de personas naturales condenadas mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, y relacionado, y;
- iv) no permitir la intervención de personas naturales que se encuentran inscritas en registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado.

Sobre esto último, corresponde indicar que resultan como ejemplos el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECCI), el Registro Nacional de

Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional, o el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido.

Al respecto, resulta importante mencionar que se sanciona administrativamente con una inhabilitación temporal no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses, por incurrir en la infracción de contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley, en virtud al literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, en concordancia con el literal b) del numeral 50.4 del mismo artículo de dicho instrumento legal.

1.3 Los impedimentos para contratar con el Estado: Finalidad.

Conforme ya ha sido indicado, el sustento constitucional de la contratación pública se encuentra establecido en el artículo 76 de la vigente Constitución Política del Perú, el mismo que ha sido objeto de análisis y desarrollo por parte del Tribunal Constitucional en el marco de la Sentencia del 17 de mayo de 2004, recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC, de acuerdo a los siguientes términos:

“La interpretación del artículo 76° de la Constitución

(...).

11. La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.
12. La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el

Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.

(...).

15. Sin embargo, la propia experiencia de los últimos años ha demostrado que inclusive estos mecanismos de adquisición han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no sólo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, (...).

(...)”.⁶ (sic.) (El subrayado es agregado).

Conforme puede advertirse, toda vez que en el contexto de la contratación que se estudia se encuentran comprometidos recursos públicos, es indispensable que se establezca una regulación especial que esté orientada a que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, respetando principios como lo son, entre otros, el de transparencia, libre competencia y trato justo e igualitario, así como disponiendo un rígido sistema de control y fiscalización para evitar actos de corrupción.

En esa línea, mediante el Acuerdo de Sala Plena N° 1-2016/TCE del 5 de agosto de 2016, publicado el 19 de setiembre de 2016 en el Diario Oficial “El Peruano”, los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado establecieron lo siguiente:

“B. ANÁLISIS

1. El ordenamiento en materia de contrataciones del Estado ha consagrado, como regla general, la posibilidad de que toda persona natural o jurídica pueda participar, en los procesos de contratación, en condiciones de libre competencia y competencia.

6. Fundamentos 11, 12 y 15 de la Sentencia del 17 de mayo de 2004, recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

2. Sin embargo, precisamente a efectos de garantizar la libre concurrencia y competencia en los procesos de contratación que desarrollan las Entidades, la normativa establece ciertos supuestos que limitan a una persona natural o jurídica a ser (...) postor y/o contratista del Estado, debido a que su intervención en los procesos puede afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia con que se debe obrar en ellos, debido a la naturaleza de sus atribuciones o por la condición que ostentan.

(...)”.⁷ (sic.) (El subrayado es agregado).

Ahora bien, en el apartado precedente se ha podido conocer que, para efectos de ser postor en el marco de un procedimiento de selección, no se deberá, entre otros, tener impedimento para ello, de acuerdo a los supuestos establecidos en los literales a) a la t) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley.

Sobre el particular, en lo que respecta a la doctrina, Morón Urbina ha expresado su postura en relación a los impedimentos recogidos en la normativa de contrataciones del Estado, en los siguientes términos:

“Los impedimentos para contratar con el Estado son limitaciones al derecho de contratar con el Estado que se fundan –con alcance total o parcial- en evitar algún aparente conflicto de interés entre el rol de contratista y la función anterior o concurrente que se desempeña, por advertirse que se cuenta con información privilegiada que puede otorgarle ventajas para postular al proceso de selección, por contar con una prohibición anterior y vigente para contratar o por inferirse de una persona jurídica por medio de la cual se intenta evadir el cumplimiento de una sanción anterior vigente. Tales impedimentos son circunstancias excepcionales y tasadas que son plasmadas en normas con rango de ley, por aplicación del principio de legalidad.”⁸

Así las cosas, del pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia del 17 de mayo de 2004, del Acuerdo de Sala Plena N°

7. Acuerdo de Sala Plena N° 1-2016/TCE. “Acuerdo de Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado referido a la interpretación del literal k) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado”, publicado el 19 de setiembre de 2016 en el Diario Oficial “El Peruano”.

8. Moron Urbina, Juan Carlos. *La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016.

1-2016/TCE del 5 de agosto de 2016, que constituye precedente de observancia obligatoria según el artículo 130 del Reglamento, así como de lo establecido por la doctrina especializada en la materia que ha sido citada, se advertiría más de una finalidad en virtud de las cuales el legislador consideró establecer prohibiciones –impedimentos– a la participación de los postores en los procedimientos de selección.

En ese sentido, resultó posible identificar las siguientes finalidades: **i)** evitar conflictos de intereses; **ii)** asegurar la no afectación a los principios de transparencia, imparcialidad y libre competencia con los que se debe obrar, debido a la naturaleza de las atribuciones o por la condición que ostentan ciertas personas naturales o jurídicas, y **iii)** prevenir actos de corrupción y malversación de fondos públicos.

II. CAPÍTULO 2: EL IMPEDIMENTO Y LA NORMATIVA EN EL TIEMPO

Como bien ha sido indicado en el capítulo anterior, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado se han establecido una serie de prohibiciones conocidos como impedimentos, a través de los cuales se restringe la participación de los proveedores en los procedimientos de selección, esto es, una restricción a concurrir libremente en el mercado.

Estos impedimentos han ido variando conforme dicha normativa ha sido modificada, ya sea por el legislativo o por el ejecutivo mediante delegación de facultades. Así pues, por ejemplo, los alcances que algunos de estos impedimentos tenían, en virtud de los primeros antecedente normativos, ahora han sido reducidos, sin que por ello se haya dejado de cuestionar a los mismos.

En esa línea, estando al objeto de estudio de la presente investigación, cabe hacer referencia al impedimento para contratar con el Estado por razón de parentesco con “altos” funcionarios públicos.

Al respecto, si bien la normativa en cuestión estableció prohibiciones para contratar con el Estado respecto de funcionarios que ocupan “altos” cargos públicos en el

ámbito estatal como lo son, entre otros, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República y los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, lo cierto es que extendió dichas prohibiciones a sus cónyuges, convivientes o parientes, sobre la base determinados grados de consanguinidad o afinidad, así como para un determinado periodo de tiempo y ámbito geográfico.

En ese sentido, será materia de desarrollo en los siguientes apartados el tratamiento que la normativa de contrataciones del Estado le ha brindado en el tiempo al mencionado impedimento, por razón de parentesco con “altos” funcionarios públicos.

2.1 Antecedente: El Decreto Legislativo N° 1017 y su modificatoria por la Ley N° 29873.

En el marco de la Ley N° 29157, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de diciembre de 2007, se delegó en el poder ejecutivo la facultad para legislar, por el plazo de ciento ochenta (180) días calendario, sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, con el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento, entre las que se encontraban la mejora del marco regulatorio, la simplificación administrativa y la modernización del Estado.

Es en dicho contexto, que con el Decreto Legislativo N° 1017, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 4 de junio de 2008, se aprobó la Ley de Contrataciones del Estado.

De acuerdo al artículo 2, su objeto radica en establecer normas que se encuentren orientadas a maximizar el dinero del contribuyente logrando que las contrataciones realizadas por el sector público se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de calidad y precio; ello, sobre la base de un conjunto de principios previstos en el propio texto normativo.

Respecto de las prohibiciones que restringen la participación de los proveedores en los procedimientos de selección, en el artículo 10 se estableció hasta doce (12) impedimentos [del literal a) al literal l)], dentro de los cuales se encontraban los relacionados a los funcionarios que ocupan “altos” cargos públicos en el ámbito estatal, así como el que alcanzaba a sus familiares.

Así pues, en los literales a) y f) del mencionado decreto legislativo se dispuso lo que se detalla a continuación:

“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.

(...)”.⁹ (sic.)

Tal como puede apreciarse, 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, así como los Ministros y Viceministros de Estado, se encontraban impedidos para ser participantes,

9. Poder Ejecutivo. *Decreto Legislativo N° 1017; Ley de Contrataciones del Estado*, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 4 de junio de 2008.

postores y/o contratistas con el Estado hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, en todo proceso de contratación.

Dicho impedimento, por el mismo periodo de tiempo y para el mismo ámbito geográfico, resultaba aplicable también para el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los citados funcionarios que ocupan “altos” cargos públicos en el ámbito estatal.

El que el impedimento para ser participante, postor y/o contratista con el Estado alcance hasta el **cuarto grado de consanguinidad** de los parientes de dichos funcionarios, implicaba que se encuentren comprometidas las siguientes personas: **i)** padres e hijos [primer grado de consanguinidad]; **ii)** hermanos, abuelos y nietos [segundo grado de consanguinidad]; **iii)** tíos, sobrinos, bisabuelos y biznietos [tercer grado de consanguinidad], y; **iv)** primos [cuarto grado de consanguinidad].

Por su parte, el que el impedimento en cuestión alcance hasta el **segundo grado de afinidad** de los parientes de dichos funcionarios, implicaba que se encuentren comprometidas las siguientes personas: **i)** padres del cónyuge [primer grado de afinidad], y; **ii)** abuelos del cónyuge, hermanos del cónyuge y cónyuges de los hermanos [segundo grado de afinidad].

Para efectos de una mejor comprensión, se cumple con reproducir el siguiente cuadro detallado:

<u>Funcionarios comprendidos</u>	Consanguinidad	Afinidad
<ul style="list-style-type: none"> - Presidente y los Vicepresidentes de la República; - Congressistas de la República; - Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República; - Ministros y Viceministros de Estado; - Titulares y miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos. 	1° Padres e hijos	1° Padres del cónyuge
	2° Hermanos, abuelos y nietos	
	3° Tíos, sobrinos, bisabuelos y biznietos	2° Abuelos del cónyuge, hermanos del cónyuge y cónyuges de los hermanos
	4° Primos	
En todo proceso de contratación (impedimento absoluto) y hasta doce (12) meses después de haberse dejado el cargo (impedimento de larga duración).		

Conforme puede advertirse, el alcance de los parientes de los funcionarios que ocupan “altos” cargos públicos en el ámbito estatal, y que se encuentran prohibidos de contratar con el Estado, resulta ser *de por sí* amplio.

Ahora, si a ello se suma el hecho de que el impedimento resulta aplicable hasta doce (12) meses después de que los funcionarios en cuestión hayan dejado el cargo (ámbito temporal) y que abarca a toda contratación (ámbito espacial), se tiene una restricción, a mi consideración, desproporcionada.

Finalmente, es de señalar que los alcances de dicho impedimento permanecieron en el marco de la Ley N° 29873; Ley que modifica el Decreto Legislativo 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado.

2.2 Un “nuevo” punto de inicio: La Ley N° 30225 y su modificatoria por el Decreto Legislativo N° 1341.

Mediante la Ley N° 30225, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 11 de julio de 2014, se aprobó “una nueva” Ley de Contrataciones del Estado, la

misma que trajo consigo, como una de sus novedades resaltantes, el enfoque de la “gestión por resultados”.

Así pues, según el artículo 1, la normativa tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen de manera oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines públicos y se tenga una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Sobre el particular, como ya se mencionó en el capítulo anterior, con dicho enfoque de la “gestión por resultados”, lo que se pretende es que las obras se ejecuten, los bienes se entreguen y los servicios se realicen, no correspondiendo una sobre regulación del procedimiento de selección, pues podría conllevar a la demora del mismo, ello a efectos de satisfacer *en sí* las necesidades de la sociedad, es decir, lo que se conoce como el interés general.

Dicho ello, en lo que respecta a la regulación de los impedimentos para contratar con el Estado, se tiene que el alcance de la prohibición para los funcionarios que ocupan “altos” cargos públicos en el ámbito estatal, así como para el de sus familiares, se mantuvo en los mismos términos establecidos en el Decreto Legislativo N° 1017.

Sin perjuicio de ello, el cambio que sí se advirtió fue el que la Ley N° 30225 dispuso en su artículo 11 que se encontraban impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas las personas descritas en sus literales a) a la l), cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, incluyendo las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5, en virtud del cual se dispuso lo siguiente:

“Artículo 5.- Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión.

Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley.

- a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. (...).

(...)”¹⁰. (sic.)

Se tiene pues que, incluso en las contrataciones por montos iguales o inferiores a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), vigentes al momento de la transacción, se encontraban impedidos de contratar con el Estado los funcionarios que ocupaban “altos” cargos públicos en el aparato estatal, así como sus cónyuges, convivientes o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

A ello debe agregarse que el impedimento respecto de dichas contrataciones se mantenía también en lo relacionado al alcance del espacio territorial y al periodo en el tiempo, ya que aplicaba para todo el ámbito nacional (impedimento absoluto) y hasta doce (12) meses después de que dichos funcionarios hayan dejado sus respectivos cargos (impedimento de larga duración).

En esa línea, si ya de por sí resultaba desproporcionado el alcance de la medida respecto a los familiares de los “altos” funcionarios, en lo que respecta a los grados de consanguinidad y afinidad, el que se disponga que ello también aplica para las contrataciones iguales o inferiores a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), no hace más que generar una sensación de limitación en el acceso a las contrataciones con el Estado.

Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo N° 1341, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 7 de enero de 2017, se modificaron varios artículos de la citada Ley N° 30225, incluido el artículo 11, relacionado a los impedimentos.

10. Congreso de la República del Perú. *Ley N° 30225; Ley de Contrataciones del Estado*, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 11 de julio de 2014.

De acuerdo a la exposición de motivos del decreto legislativo en cuestión, la decisión de la modificación de una serie de artículos establecidos en la Ley N° 30225, se sustentó en lo siguiente:

“Si bien la Ley introdujo importantes cambios a la norma que le antecedió (Decreto Legislativo N° 1017), se han identificado algunos aspectos de esta que requieren ser modificados a fin de permitir que la contratación estatal se efectúe en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, y de perfeccionar la regulación referida a la conducta de quienes participan en el proceso de contratación de modo tal que se pueda prevenir, evitar y, en su caso, sancionar las prácticas indebidas. Las modificaciones que se realizan mediante este Decreto Legislativo buscan, entonces, establecer un marco normativo para la contratación pública como un instrumento de gestión, a través del cual se maximice el valor de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines públicos, evitando las situaciones de corrupción”¹¹.

Nótese pues que, con la modificación de varios artículos de la Ley N° 30225 se pretendía, entre otros, perfeccionar la regulación referida a la conducta de quienes participan en el proceso de contratación de modo tal que se pueda prevenir, evitar y, en su caso, sancionar las prácticas indebidas.

Así pues, en lo que respecta a los “altos” funcionarios que ocupan cargos públicos se dispuso, para el caso de los Ministros y Viceministros, que se encontraban prohibidos de contratar con el Estado solo en lo relacionado al ámbito de su sector, y ya no en todo el espectro nacional, aun cuando se mantuvo el alcance de la medida en el tiempo, esto es, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.

Sin perjuicio de ello, el cambio más resaltante estuvo relacionado al alcance del impedimento respecto de los familiares de los “altos” funcionarios, pues en el nuevo literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 se estableció que dicho impedimento abarcaba, entre otros, a sus parientes hasta el segundo grado de

11. Exposición de motivos del decreto legislativo que modifica la Ley N° 30225; *Ley de Contrataciones del Estado*.
https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivo_1341.pdf

consanguinidad o afinidad, es decir, se redujo la medida en lo referido al grado de consanguinidad, en comparación de lo que fuera establecido en el Decreto Legislativo N° 1017 y la Ley N° 30225, pasando así de un cuarto a un segundo grado de consanguinidad.

Pese a la reducción del impedimento en lo que respecta al grado de consanguinidad, lo cierto es que se mantuvo la disposición en relación a las contrataciones por montos iguales o inferiores a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Así pues, a manera de una mejor comprensión respecto de los alcances de las nuevas disposiciones, se reproducen los siguientes cuadros, a saber:

<u>Funcionarios comprendidos</u>	Consanguinidad	Afinidad
- Ministros y Viceministros de Estado.	1° Padres e hijos	1° Padres del cónyuge,
	2° Hermanos, abuelos y nietos	2° Abuelos del cónyuge, hermanos del cónyuge y cónyuges de los hermanos
En los procesos de contratación de su sector (impedimento restringido), incluidas las contrataciones por montos iguales o menores a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias vigentes la contratación, y hasta doce (12) meses después de haberse dejado el cargo (impedimento de larga duración).		

<u>Funcionarios comprendidos</u>	Consanguinidad	Afinidad
<ul style="list-style-type: none"> - Presidente y los Vicepresidentes de la República; - Congresistas de la República; - Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República; - Titulares y miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos. 	1° Padres e hijos	1° Padres del cónyuge,
	2° Hermanos, abuelos y nietos	2° Abuelos del cónyuge, hermanos del cónyuge y cónyuges de los hermanos
<p>En todo proceso de contratación (impedimento absoluto), incluidas las contrataciones por montos iguales o menores a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias vigentes la contratación, y hasta doce (12) meses después de haberse dejado el cargo (impedimento de larga duración).</p>		

Entonces, si bien resultaría correcto el haber modificado el alcance del impedimento respecto de los Ministros y Viceministros de Estado, restringiendo el mismo al ámbito de las contrataciones que se tengan a bien a realizar en su sector, lo proporcionado también hubiera sido, desde mi punto de vista, que ello se replique respecto de otros “altos” funcionarios como lo son por ejemplo los Vicepresidentes de la República y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.

En esa línea, aun cuando se haya reducido el grado de consanguinidad para efectos del impedimento de contratar con el Estado, en relación a los familiares de dichos funcionarios, lo cierto es que resulta cuestionable el que se tenga que limitar la libre concurrencia en el mercado, y con ello restringir los derechos al trabajo y a contratar, de personas naturales en virtud solo al parentesco.

2.3 Situación actual: La recopilación en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225.

Ahora bien, considerando las disposiciones normativas sobre contrataciones con el Estado que fueron emitiéndose en el tiempo, en la Segunda Disposición

Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1444 se dispuso que correspondía la aprobación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225; Ley de Contrataciones del Estado.

Así pues, mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 13 de marzo de 2019, se dispuso aprobar el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225.

Sobre el particular, en lo que respecta a los impedimentos de “altos” funcionarios, el alcance de la medida no ha variado en relación a los cambios efectuados con el Decreto Legislativo N° 1341; razón por lo cual, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los Titulares y miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, se encuentran prohibidos, entre otros, de contratar con el Estado, incluido en las contrataciones por montos iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), y hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.

En esa línea, los alcances de dicho impedimento también resultan aplicables a sus cónyuges, convivientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

En ese sentido, si bien los alcances del impedimento objeto de investigación han ido variando en el tiempo, restringiéndose en lo que respecta al ámbito territorial para determinados supuestos, así como en relación a los grados de consanguinidad de los parientes de los “altos” funcionarios, lo cierto es que también se amplió el espectro al abarcar a dicha prohibición en las contrataciones por montos iguales o inferiores a la ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes al momento de la transacción.

III. CAPÍTULO 3: ANÁLISIS COMPARADO DEL IMPEDIMENTO

En el marco del presente acápite se hará un análisis comparado entre la normativa peruana y aquella aplicable en Colombia y España, respecto a los impedimentos o incompatibilidades que han sido establecidos para los casos de vínculos por parentesco con funcionarios públicos.

En esa línea, a partir de las similitudes o diferencias que puedan advertirse, se podrá obtener una mejor perspectiva respecto al tratamiento y el alcance de dichas restricciones, y así determinar, como primer parámetro, si resulta razonable o proporcional lo dispuesto en nuestra normativa de contratación pública sobre el particular.

3.1 Aplicación y alcance del impedimento en el caso de Colombia.

En relación al caso de Colombia, se ha tenido a bien considerar las Ley N° 80 de 1993, mediante la cual se expide el “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, así como la Ley N° 136 de 1994 y sus modificatorias, a través de la cual, a su vez, se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

Ahora bien, en lo que respecta a la Ley N° 80, se advierte que en su articulado se han dispuesto, entre otros, una serie de incompatibilidades para contratar con el Estado. Así pues, en los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 8, se establecieron que no podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

“a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

(...).

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.”¹²

Por otro lado, en el inciso tercero del artículo 1 de la Ley N° 1148 de 2017, mediante la cual se modifica las Leyes N° 136 de 1994 y N° 617 de 2000, se tiene que los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa ni indirectamente.

Tal como puede advertirse, para el ámbito de Colombia las normativas citadas han establecido prohibiciones para contratar con el Estado respecto de los miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, así como en relación a los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, extendiendo dicha prohibición a las personas con las que tengan vínculos de parentesco.

3.2 Aplicación y alcance del impedimento en el caso de España.

En relación al caso de España, se tuvo a bien verificar la Ley N° 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público, en adelante la **LCSP**, del 8 de noviembre de 2017, en virtud de la cual se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo N°s 2014/23/UE¹³ y 2014/24/UE¹⁴ de fechas 26 de febrero de 2014.

-
12. Ley N° 80; “Estatuto general de contratación de la administración pública” del 28 de octubre de 1994, Bogotá.
 13. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de febrero de 2014.
 14. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Directiva 2014/24/UE relativa a contratación pública y por la que se deroga la Directiva N° 2004/18/CE*, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de febrero de 2014.

Dicho ello, como primer referente debe tenerse en consideración que de acuerdo al numeral 1 del artículo 65 de la LCSP, relacionado a las condiciones de aptitud, se advierte que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan, entre otros, plena capacidad de obrar y no estén incurso en alguna prohibición de contratar.

Ahora bien, dichas prohibiciones para contratar han sido normadas en el marco del artículo 71 de la LCSP, esto es, se enlistan una serie de supuestos que están relacionados, entre otros, con lo siguiente: **i)** imposición de condenas penales o sanciones administrativas, en ambos casos firmes; **ii)** incumplimiento de obligaciones tributarias, sociales y laborales; **iii)** estar incurso en incompatibilidades relacionadas con altos cargos, cargos electivos y personal al servicio de las Administraciones Públicas, e; **iv)** incumplimiento de obligaciones contractuales.

En esa línea, en el literal g) del numeral 1 del artículo 71 de la LCSP, sobre incompatibilidades relacionadas con altos cargos, cargos electivos y personal al servicio de las Administraciones Públicas, se ha establecido que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias, a saber:

“g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero”.¹⁵

Nótese pues que, el citado numeral establece la prohibición de contratar respecto de personas naturales que se encuentren incurso, entre otros, en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, la misma que es reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, emitida el 30 de marzo de 2015.

Asimismo, dicha situación alcanza a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad.

En ese sentido, a efectos de conocer a las personas naturales (funcionarios) que se encuentran relacionados a la indicada Ley 3/2015, corresponde traer a colación sus artículos 1 y 2, según los cual se tiene que es finalidad de la norma establecer el régimen jurídico aplicable a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal, debiendo considerarse como altos cargos a los siguientes:

“a) Los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado.

b) Los Subsecretarios y asimilados; los Secretarios Generales; los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla; los Delegados del Gobierno en entidades de Derecho Público; y los jefes de misión diplomática permanente, así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales.

15. *Ley 9/2017; Ley de Contratos del Sector Público*, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 9 de noviembre de 2017.

c) Los Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales de la Administración General del Estado y asimilados.

d) Los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores con rango de Director General de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; los Presidentes y Directores de las Agencias Estatales, los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias y el Presidente y el Secretario General del Consejo Económico y Social.

e) El Presidente, el Vicepresidente y el resto de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, el Presidente, Vicepresidente y los Vocales del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Presidente, los Consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el Presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador o de supervisión.

f) Los Directores, Directores ejecutivos, Secretarios Generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión.

g) Los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, con excepción de aquellos que tengan la consideración de Subdirectores Generales y asimilados”.¹⁶

Tal como puede advertirse, están comprendidos dentro del alcance de “altos” cargos, entre otros, los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado, así como los Directores Generales de la Administración General del Estado o los

16. *Ley 3/2015; Ley del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 31 de marzo de 2015.

Directores o los Presidentes o Vicepresidentes de los organismos reguladores y de supervisión

Así pues, no podrán contratar con el Estado las personas naturales que ocupan dichos “altos” cargos, siendo extensiva la prohibición respecto de sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad, de dichas personas.

3.3 Similitudes y diferencias con el caso de Perú.

Ahora bien, habiendo cumplido con analizar las normativas relacionadas a contrataciones con el Estado, respecto a los casos de Colombia y España, respectivamente, corresponde determinar las posibles similitudes y diferencias con el caso Peruano y, en concreto, con el impedimento objeto de investigación.

Conforme ya ha sido indicado en el capítulo anterior, se tiene que en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225; Ley de Contrataciones del Estado, se han ratificado los cambios realizados con el Decreto Legislativo N° 1341, en relación al impedimento que involucra a los “altos” funcionarios del sector públicos y sus parientes.

En ese sentido, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los Titulares y miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, se encuentran prohibidos de contratar con el Estado, incluido en las contrataciones por montos iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), y hasta doce (12) meses después de haber dejado dichos cargos.

Asimismo, los alcances de dicho impedimento también resultan aplicables a sus cónyuges, convivientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Similitudes y diferencias con el caso de Colombia:

Respecto a las *similitudes*, se tiene que en el caso de Colombia se han establecido, en virtud de las leyes analizadas, impedimentos para contratar con el Estado en relación a los miembros de los consejos directivos o los servidores públicos de la entidad contratante, así como respecto a los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, los cuales también son las máximas autoridades en sus respectivos sectores.

En esa línea, en lo que respecta a los grados de consanguinidad o afinidad, se tiene que la Ley N° 80 hace referencia a un vínculo de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; mientras que la Ley N° 1148, que modifica a las Leyes N° 136 y N° 617, establece un alcance del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, es decir, mayor a lo dispuesto en el caso del Perú.

En ese sentido, en relación a las *diferencias*, no se hace referencia a aspecto alguno sobre la cuantía de las contrataciones, como ha ocurrido en el Perú, en cuyo caso también se encuentran comprendidas las contrataciones por montos iguales o inferiores a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de transacción.

Similitudes y diferencias con el caso de España:

En relación a las *similitudes*, se advierte que en el caso de España se ha establecido un impedimento para contratar con el Estado que involucra a “altos” funcionarios (la normativa denomina alto cargo), entre los que se encuentran los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado, siendo que el mismo también alcanza, como en el caso del Perú, a sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva (convivientes), ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad, esto es, existe similitud en lo que respecta a los grados de consanguinidad y afinidad.

Sin perjuicio de ello, como *diferencias*, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado de España no hace referencia al aspecto espacial de la medida, es decir, si el impedimento abarca a toda contratación o solo se restringe al sector en que dichos funcionarios ejercen sus cargos, ni tampoco se pronuncia en relación a su aspecto temporal, esto es, si el impedimento seguirá surgiendo efectos luego de que se haya dejado el cargo.

Asimismo, tampoco se hace referencia a aspecto alguno relacionado a la cuantía de las contrataciones, como ha ocurrido en el Perú, en cuyo caso también se encuentran comprendidas las contrataciones por montos iguales o inferiores a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de transacción.

IV. CAPÍTULO 4: APLICACIÓN DEL IMPEDIMENTO

Es objeto del presente capítulo desarrollar la naturaleza del impedimento para contratar con el Estado por razón de parentesco con “altos” funcionarios públicos, y su configuración como elemento del tipo infractor establecido en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225; Ley de Contrataciones del Estado.

El análisis a realizar en dicho apartado resulta trascendente, pues permitirá advertir que, entre otros, por un aparente tema de conflictos de intereses o incluso corrupción, la normativa de contratación pública extiende el impedimento de contratar de “altos” funcionarios a sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, e incluso en el marco de todo el territorio nacional y, a la par, por un largo periodo de tiempo, es decir, mientras dichos funcionarios ejercen el cargo, y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo.

Así pues, considerando la irracionalidad y desproporcionalidad de la medida, se podrá advertir que atenta no solo contra derechos constitucionales como lo es, principalmente, el de la libertad de contratación, así como el de participar de la vida económica de la Nación y al trabajo, sino también contra los principios que se

encuentran regulados en la misma normativa de contratación pública, como los son el de libertad de concurrencia, igualdad de trato y competencia.

En ese sentido, se brindarán alternativas viables que permitirán advertir que no resulta determinante y excluyente la imposición de este tipo de impedimento con el alcance que ha sido dispuesto por el legislador.

4.1 Naturaleza jurídica del impedimento y su configuración como elemento del tipo infractor establecido en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225.

De la revisión realizada al numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, se advierte que en el mismo se han establecido una serie de supuestos, del literal a) al literal t), en virtud de los cuales se prohíbe ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en aquellas contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5, esto es, contrataciones por montos iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Así pues, se entiende que dichos supuestos están relacionados con restricciones que el legislador ha tenido a bien considerar en el marco de las contrataciones con el Estado.

Ahora bien, respecto a las normas que establecen restricciones, la vigente Constitución Política del Perú ha reconocido en el numeral 9 de su artículo 139, el *principio de inaplicabilidad por analogía de la Ley Penal y de aquellas normas que restringen derechos*, es decir, se dispone la no interpretación extensiva y/o analógica, entre otras, de las normas que restringen derechos.

En esa línea, en la Sentencia del 18 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional dispuso lo siguiente:

“(…)

8. El Tribunal Constitucional, en diversas oportunidades, ha sostenido, sobre la base del principio general de libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales sólo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, **la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además, realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, in malam partem, de las normas que restrinjan derechos.**

Ese es el sentido general con el que debe entenderse el artículo 139º, inciso 9) de la Constitución, según el cual constituye uno de los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional, pero también un derecho subjetivo constitucional de los justiciables, “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”

En efecto, los alcances de dicho principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos no han de entenderse restrictivamente como pertenecientes sólo al ámbito del derecho penal y procesal penal, sino como aplicables a todo el ordenamiento jurídico, particularmente cuando con una medida limitativa de derechos el Estado intervenga en el seno del contenido constitucionalmente protegido de estos.

(…)”.¹⁷ (sic.) (El resaltado y subrayado es agregado).

En ese sentido, queda claro entonces que, independientemente del ordenamiento jurídico en el que nos encontremos, para el presente caso en el del Derecho Administrativo, ninguna norma que restrinja derechos puede ser interpretada de manera extensiva y/o analógica.

Sobre el particular, corresponde señalar que la interpretación desarrollada, llevada al ámbito de los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del

17. Fundamento 8 de la Sentencia del 18 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC.

artículo 11 del TUO de la Ley, ha sido adoptada por el propio Tribunal, como en el caso de las Resoluciones N° 0395-2019-TCE-S2 del 20 de marzo de 2019¹⁸, N° 01154-2020-TCE-S4 del 15 de junio de 2020¹⁹ o N° 2313-2020-TCE-S3 del 28 de octubre de 2020²⁰, en las cuales diversas Salas dejaron establecido que los impedimentos en cuestión deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a supuestos que no se encuentran expresamente contemplados en la normativa.

Dicho ello, corresponde mencionar que para la configuración del tipo infractor de contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley, establecido en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, conforme a la reiterada y uniforme jurisprudencia del Tribunal, se necesita la concurrencia de dos (2) elementos concretos, a saber:

Elemento N° 1	Una persona natural o jurídica haya contratado con el Estado (suscripción de contrato o recepción de orden de compra o de servicio).
Elemento N° 2	Esa persona natural o jurídica se encuentra impedida para contratar con el Estado [literales del a) al t)] del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley.

Como bien puede advertirse, la infracción prevista en el mencionado literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley debe ser interpretada de manera concordada, entre otros, con el supuesto de hecho del impedimento en que el administrado pueda incurrir; para nuestro caso, el que se encuentra establecido en el literal h) [concordado con el literal a)] del numeral 11.1 del artículo 11 del mismo cuerpo normativo.

18. Véase el siguiente link:

[https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/RESOLUCION%20N%C2%B0395-2019-TCE-S2 %20%28APLICACION%20SANCION%29.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/RESOLUCION%20N%C2%B0395-2019-TCE-S2%20%28APLICACION%20SANCION%29.pdf)

19. Véase el siguiente link:

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/868798/Resoluci%C3%B3n_N_1154-2020-TCE-S4.pdf

20. Véase el siguiente link:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1424220/Resoluci%C3%B3n%20N%C2%B0202313-2020-TCE-S3.pdf.pdf>

Asimismo, corresponde mencionar que en tanto el impedimento constituye uno de los elementos de la infracción administrativa en cuestión, el análisis deberá efectuarse bajo los alcances del principio de tipicidad, establecido en el numeral 4 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444; Ley del Procedimiento Administrativo General²¹, como límite en el ejercicio de la potestad sancionadora ejercida por el Tribunal.

En ese sentido, lo que se pretende dar a conocer es que el incurrir en el impedimento relacionado al parentesco con “altos” funcionarios, con los alcances que ya han sido desarrollados, implica también el que se incurra en una infracción administrativa [contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley], en virtud de la cual se es pasible de inhabilitación temporal en los derechos de contratar con el Estado.

4.2 El impedimento y la limitación a los derechos constitucionales de la libertad de contratación y al trabajo.

En el numeral 14 del artículo 2 de la vigente Constitución Política del Perú, el constituyente ha tenido a bien reconocer el derecho a la libertad de contratación, disponiendo que toda persona tenga derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

En esa línea, en el artículo 62 del mencionado texto constitucional, se establece lo siguiente, a saber:

“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

21. 4. **Tipicidad.**- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. (...).

solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.²²

Ahora bien, el alcance del derecho a la libertad de contratación ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, entre otros, en el marco de la Sentencia del 21 de septiembre de 2004, recaída en el Expediente N° 004-2004-AI/TC, N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC y N° 0027-2004-AI/TC (acumulados), de acuerdo al siguiente detalle:

“8. El derecho a la libre contratación establecido en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, ha sido enunciado por este Tribunal como: "(...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, prima facie:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual (...).²³

Por su parte, en el marco de la Sentencia del 30 de enero de 2004, recaída en el Expediente N° 2670-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la libertad de contratación, a su vez, no es ilimitado, sino que se encuentra condicionado en sus alcances por límites implícitos y explícitos, de acuerdo a lo siguiente:

22. Rubio Correa, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sexta edición. Lima, 2017. Óp. Cit. pp. 135.

23. Fundamento 8 de la Sentencia del 21 de septiembre de 2004, recaída en el Expediente N° 004-2004-AI/TC, N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC y N° 0027-2004-AI/TC (acumulados).

“3. (...) si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) 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. (...)”²⁴

Así las cosas, resulta evidente que el artículo 11 del TUO de la Ley que establece el impedimento para contratar con el Estado a familiares y parientes cercanos, entre otros, de “altos” funcionarios que ocupan cargos públicos, constituye una limitación al derecho a la libertad de contratación de aquellos.

Por otro lado, en lo que respecta al derecho al trabajo, en el numeral 15 del artículo 2 de la vigente Constitución Política del Perú, se dispone que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley.

Al respecto, en la Sentencia del 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que dicha libertad implica lo siguiente:

“26. (...)”

(...), Se e formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su

24. Fundamento 3 de la Sentencia del 30 de enero de 2004, recaída en el Expediente N° 2670-2002-AA/TC.

rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”.²⁵

En esa línea, el artículo 22 de la vigente Constitución Política del Perú establece que el trabajo es un deber y un derecho, es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Así pues, en el marco de la Sentencia del 11 de julio de 2002, recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido en relación al derecho al trabajo, lo siguiente:

“12. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”.²⁶

Dicho ello, resulta evidente que el derecho al trabajo se ve afectado con la disposición de impedir la contratación de familiares, en virtud a grados de consanguinidad o afinidad, de “altos” funcionarios que ocupan cargos públicos, ya que potencialmente se les limita su posibilidad de ejercer su profesión y actividades económicas con relación al Estado.

25. Fundamento 26 de la Sentencia del 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

26. Fundamento 12 de la Sentencia del 11 de julio de 2002, recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC.

4.3 El impedimento y la limitación de los principios de contratación pública de libertad de concurrencia e igualdad de trato.

El TUO de la Ley regula diez (10) principios que van a regir las contrataciones con el Estado. Así pues, de acuerdo a Chocano Davis “...Los principios sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la normativa, de integración para solucionar sus vacíos, y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones”.²⁷

En esa línea, es de mencionar que abonan en dicho sentido, entre otros, los principios de libertad de concurrencia e igualdad de trato, los mismos que se encuentran recogidos en los literales a) y b) artículo 2 de la Ley, respectivamente.

Así pues, resulta importante mencionar que, en atención al *principio de libertad de concurrencia*, las Entidades deben promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, evitando exigencias y formalidades costosas e innecesarias.

Por su parte, en virtud del *principio de igualdad de trato*, todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida, entre otros, la existencia de ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio.

Así las cosas, resulta claro que el impedimento para contratar con el Estado por razón de parentesco con “altos” funcionarios públicos, en todo el ámbito nacional y por un largo periodo de tiempo, restringe los citados principios, pues limita desproporcionadamente su acceso y participación en los procesos de contratación que realicen las entidades públicas y, en consecuencia, a mi criterio, se les otorga un trato discriminatorio.

27. Chocano Davis, Christian. "Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana". En: *Revista del Circulo de Derecho Administrativo* N° 18, 2019, Lima.

4.4 Planteamiento de alternativas.

En el numeral 10.1 del artículo 10 del TUO de la Ley se establece que la entidad [entidad de la Administración Pública] debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros.

Así pues, considero que dicha regulación no necesariamente debe entenderse como una supervisión aplicada únicamente al contrato [ya perfeccionado], a efectos de que se brinde el seguimiento administrativo, financiero o técnico al mismo, sino que dicha supervisión abarca todo el procedimiento de contratación *en sí* [como expresamente lo señala el citado numeral]; por lo que, corresponderá a la Entidad, directamente o a través de terceros, verificar, por ejemplo, los procedimientos licitatorios convocados, garantizando la regularidad de los mismos, y eliminando cualquier indicio de favoritismo en función al parentesco de las personas con algún funcionario que ocupa un “alto” cargo público.

En esa misma línea, el literal b) del numeral 52.1 del artículo 52 del TUO de la Ley dispone que es una función del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la de 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 Ley y de su Reglamento, disponiendo de la adopción de las medidas que correspondan.

Nótese pues que, el propio TUO de la Ley establece mecanismos para que las entidades públicas o el propio organismo técnico especializado, es decir, el OSCE, puedan supervisar todo el proceso de contratación [desde las actuaciones preparatorias hasta la suscripción y ejecución del contrato] sin la necesidad, de manera irracional y desproporcionada, y desde un primer momento, de privar la participación en las contrataciones del cónyuge, conviviente o de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de “altos” funcionarios que ocupan cargos públicos, *máxime si* se considera que el impedimento es de alcance nacional y por un largo periodo de tiempo.

Ahora, teniendo en cuenta varios antecedentes jurisprudenciales, cierto es que el impedimento para contratar que recae en las personas citadas, pretende evitar el uso del poder de influencia de los “altos” funcionarios públicos para favorecerse a sí mismos o a terceros, como lo pueden ser sus familiares.

Sin perjuicio de ello, si la finalidad principal es la mencionada, resultaría proporcional que el impedimento en cuestión solo recaiga en el ámbito en el que el “alto” funcionario ejerce funciones (impedimento reducido), y solo durante el periodo de tiempo en que se ejerza dicho cargo (impedimento no de larga duración).

Al respecto, más allá de que lo que se pretende principalmente es evitar conflictos de intereses, debe considerarse que la puesta en práctica de las habilidades o destrezas de una persona en el ámbito del sector público, basada en su formación técnica o profesional, no debería estar condicionada con el hecho de no tener vínculo de consanguinidad o afinidad con un “alto” funcionario público.

CONCLUSIONES

- I. Mediante la contratación pública se debe garantizar la efectiva satisfacción de las necesidades públicas, con el objeto de que se mejore continuamente las condiciones de vida de las personas, debiendo hacerse un uso adecuado y responsable de los recursos del Estado.
- II. Para efectos de ser postor en el marco de un procedimiento de selección, no se tiene que estar impedido para contratar con el Estado, y se debe estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, respectivamente.
- III. El establecer un impedimento para contratar con el Estado por razón de parentesco con altos funcionarios públicos encuentra su finalidad en lo siguiente: **i)** evitar conflictos de intereses; **ii)** asegurar la no afectación a los principios de transparencia, imparcialidad y libre competencia con los que se debe obrar, debido a la naturaleza de las atribuciones o por la condición que ostentan ciertas personas naturales o jurídicas, y **iii)** prevenir actos de corrupción y malversación de fondos públicos.
- IV. Si bien los alcances del impedimento objeto de investigación han ido variando en el tiempo, restringiéndose en lo que respecta al ámbito territorial para determinados supuestos, así como en relación a los grados de consanguinidad de los parientes de los “altos” funcionarios, lo cierto es que también se amplió el espectro al abarcar a dicha prohibición en las contrataciones por montos iguales o inferiores a la ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes al momento de la transacción.
- V. De la revisión realizada a la normativa aplicable relacionada a contratación pública para los casos de Colombia y España, se advirtió que existe similitud con el caso del Perú en lo que referido al impedimento para contratar con el Estado que involucra a “altos” funcionarios, así como a sus parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad; sin perjuicio de ello, no se hace referencia a aspecto alguno relacionado a la cuantía de las contrataciones, es decir, no se precisa si el impedimento abarca también las

contrataciones por montos iguales o inferiores a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de transacción.

- VI.** El incurrir en el impedimento relacionado al parentesco con “altos” funcionarios, implica también el que se incurra en una infracción administrativa, esto es, la de contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley, en virtud de la cual se es pasible de inhabilitación temporal en los derechos de contratar con el Estado.
- VII.** El impedimento para contratar con el Estado respecto de personas naturales por el solo hecho de tener un vínculo de parentesco con funcionarios que ocupan “altos” cargos públicos en el ámbito estatal, en todo el ámbito nacional (impedimento absoluto), y durante todo el tiempo en que se ejerzan dichos cargos públicos, e incluso hasta doce (12) meses después de que se hayan dejado los mismos (impedimento de larga duración), resulta ser irracional y desproporcionado, así como atentatorio de derechos fundamentales, como lo son el de la libertad de contratación y el trabajo, e incluso de principios que rigen la misma contratación pública, como lo son, a su vez, el de la libertad de concurrencia e igualdad de trato.
- VIII.** El propio TUO de la Ley establece mecanismos para que las entidades públicas o el propio organismo técnico especializado, es decir, el OSCE, puedan supervisar todo el proceso de contratación [desde las actuaciones preparatorias hasta la suscripción y ejecución del contrato] sin la necesidad, de manera irracional y desproporcionada, y desde un primer momento, de privar la participación en las contrataciones del cónyuge, conviviente o de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de “altos” funcionarios que ocupan cargos públicos, *máxime si* se considera que el impedimento es de alcance nacional y por un largo periodo de tiempo.
- IX.** Resultaría proporcional que el impedimento estudiado solo recaiga en el ámbito en el que el “alto” funcionario ejerce funciones (impedimento reducido), y solo durante el periodo de tiempo en que se ejerza dicho cargo (impedimento no de larga duración).

- X. Más allá de que lo que se pretende principalmente es evitar conflictos de intereses, debe considerarse que la puesta en práctica de las habilidades o destrezas de una persona en el ámbito del sector público, basada en su formación técnica o profesional, no debería estar condicionada con el hecho de no tener vínculo de consanguinidad o afinidad con un “alto” funcionario público.



FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

A. REVISTAS Y LIBROS

1. Chocano Davis, Christian. "Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana". En: *Revista del Circulo de Derecho Administrativo* N° 18, 2019, Lima.
2. Danós Ordóñez, Jorge. "Algunos Aspectos Relevantes de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado - Entrevista: En: *Revista Derecho & Sociedad* N° 44, Lima, 2015.
3. Morón Urbina, Juan Carlos y Aguilera Becerril, Zita. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Colección "Lo esencial del derecho" N° 9. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2017.
4. Morón Urbina, Juan Carlos. *La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
5. Rubio Correa, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sexta edición. Lima, 2017.

B. NORMATIVA

1. Constitución Política del Perú de 1993.

<http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>

2. Decreto Legislativo N° 1017; Ley de Contrataciones del Estado.

<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01017.pdf>

3. Ley N° 30225; Ley de Contrataciones del Estado.

<https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>

4. Decreto Legislativo N° 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-modifica-laley-n-30225-ley-de-con-decreto-legislativo-n-1341-1471548-1>

5. Decreto Supremo N° 082-2019-EF; Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/TUO_ley-30225-DS-082-2019-EF.pdf

6. Decreto Supremo N° 344-2018-EF; Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/DS%20344-2018EF%20Reglamento%20de%20la%20Ley%20N%C2%B0%2030225.pdf

7. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; Texto Único Ordenado de la Ley N° 24777, Ley del Procedimiento Administrativo General.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf

8. Ley N° 80; Estatuto general de contratación de la administración pública (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

9. Ley 3/2015; Ley del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (España).

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3444-consolidado.pdf>

10. Ley 9/2017; Ley de Contratos del Sector Público (España).

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>

C. ACUERDOS DE SALA PLENA

1. Acuerdo de Sala Plena N° 1-2016/TCE. “*Acuerdo de Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado referido a la interpretación del literal k) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado*”.

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/acuerdo-de-sala-plena-del-tribunal-de-contrataciones-del-est-acuerdo-no-1-2016tce-1429747-1>

D. JURISPRUDENCIA

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Sentencia del 21 de septiembre de 2004, recaída en el Expediente N° 004-2004-AI/TC, N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC y N° 0027-2004-AI/TC (acumulados).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20000011-2004-AI%2000012-2004-AI%2000013-2004-AI%2000014-2004-AI%2000015-2004-AI%2000016-2004-AI%2000027-2004-AI.pdf>

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Sentencia del 30 de enero de 2004, recaída en el Expediente N° 2670-2002-AA/TC.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02670-2002-AA.html>

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Sentencia del 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Sentencia del 11 de julio de 2002, recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>

5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Sentencia del 17 de mayo de 2004, recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>

6. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Sentencia del 18 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.pdf>

7. TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO; Resolución N° 0395-2019- TCE-S2 del 20 de marzo del 2019.

[https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/RESOLUCION N° 395-2019-TCE-S2 %28APLICACION SANCION%29.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/RESOLUCION_N°_395-2019-TCE-S2_%28APLICACION_SANCION%29.pdf)

8. TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO; Resolución N° 01154-2020-TCE-S4 del 15 de junio del 2020.

[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/868798/Resoluci%C3%B3n N 1154-2020-TCE-S4.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/868798/Resoluci%C3%B3n_N_1154-2020-TCE-S4.pdf)

9. TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO; Resolución N° 2313-2020-TCE-S3 del 28 de octubre del 2020.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1424220/Resoluci%C3%B3n%20N%C2%B0202313-2020-TCE-S3.pdf.pdf>

