



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

IMPEDIMENTO PARA CONTRATAR CON EL ESTADO POR RAZÓN DE PARENTESCO CON LOS FUNCIONARIOS DEL PODER EJECUTIVO

Tesis presentada para optar el grado académico de Magíster en
Derecho de la Empresa

Autora: **VANESSA AYDEÉ MEDINA MUÑOZ**

Miembros del Jurado:

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo (Presidente)

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga, (Asesor- Segundo Miembro)

Alejandro Martin Moscol Salinas (Tercer Miembro)

Pando, 2016



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	III
PRIMERA SECCIÓN	
ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
1. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA NACIONAL	6
2. PROCESOS DE SELECCIÓN	14
SEGUNDA SECCIÓN	
LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO	
1. NOCIONES GENERALES.	18
2. DEFINICIÓN	19
3. FINALIDAD	21
4. ETIMOLOGÍA E INTERPRETACIÓN	22
5. IMPEDIMENTOS PARA SER PARTICIPANTE, POSTOR Y/O CONTRATISTA EN EL PERÚ.	24
6. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EL ESTADO CUANDO ESTÁN IMPEDIDOS DE HACERLO	33
TERCERA SECCIÓN	
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE CONTRATACIÓN PÚBLICA AFECTADOS Y FAVORECIDOS	
1. PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADOS EN EL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	37
2. PRINCIPIOS APLICABLES DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA NACIONAL	45
CUARTA SECCIÓN	
RAZONABILIDAD DE LOS IMPEDIMENTOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 10, LITERAL F) DE LA LEY	

1. CRITERIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES PARA LA RESTRICCIÓN LEGÍTIMA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL	55
2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	55
3. CRITERIOS CONSTITUCIONALES PARA LA RESTRICCIÓN LEGÍTIMA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL	56
4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO METODOLOGÍA ANALÍTICA	67
5. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN CON EL ESTADO	70
6. ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD EN ABSTRACTO DE LA EXISTENCIA DE CIERTAS LIMITACIONES A CONTRATAR	71
7. ANÁLISIS DE LA IDONEIDAD Y NECESIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA	76
CONCLUSIONES	82



INTRODUCCIÓN

El crecimiento continuado que ha experimentado el Perú, durante de los últimos años, atribuido a distintos factores que resultaron favorables a nuestro ciclo económico, lograron que experimentemos una sensación de bonanza y estabilidad económica, atrayendo inversión privada. Esta inversión privada., permitió generar fondos públicos que se destinaron a la implementación de las políticas públicas establecidas por el gobierno de turno, en su camino a conseguir el fin supremo de procurar el bienestar general de la ciudadanía.

En este sentido, puede afirmarse que las políticas públicas constituyen un fin en sí mismo y que son de prioritaria atención para el gobierno; sin embargo, las citadas políticas necesitan herramientas para implementarse y lograr el objetivo estratégico que estas persiguen.

Ahora bien, estas políticas nacionales se valen de distintas herramientas, como lo son: la disponibilidad presupuestal necesaria para su ejecución, el plan de acción establecido por su Sector, profesionales altamente calificados que permitan obtener los objetivos previstos y las contrataciones que se lleven a cabo para llevarlas a cabo.

Es así que, nuestro actual marco político, considera a la contratación pública como un medio directo para la consecución de las políticas nacionales, mas no como una de ellas. Sin embargo, a diferencia de los otros medios descritos, la contratación pública nacional genera desarrollo y explosión económica, no solo para el Estado sino también para los administrados investidos de la figura de contratistas del Estado, para los beneficiados directamente con el bien o servicio público abastecido, para aquellos ciudadanos que en atención al ahorro que genera una buena compra se vean beneficiados con la contratación de servicios adicionales a los planificados inicialmente, entre otras tantos efectos positivos.

Habiéndose expuesto la importancia de la contratación pública nacional en el marco del desarrollo- país, no solo para el ciclo económico del Estado sino para la implementación de las políticas públicas de los diversos Sectores, corresponde detallar el marco dentro del cual se desarrollará el presente trabajo de investigación, cuyo propósito es contribuir a la eficiencia de las compras gubernamentales.

En ese sentido, así como la contratación pública nacional genera un gran impacto positivo en los campos descritos, también genera un importante impacto negativo relacionado al impedimento que tienen los parientes de los funcionarios del Poder Ejecutivo para contratar con el Estado.

El presente trabajo de investigación pretende determinar la idoneidad de este impedimento, generado por la voluntad ajena y con completa ausencia de dolo de parte impedido perjudicado. La investigación analiza la proporcionalidad del riesgo frente al bien jurídico protegido y si el riesgo que se pretende mitigar, logra ser mitigado o es eludido o simplemente es disfrazado, a través de la restricción para contratar con los parientes y cónyuges de los funcionarios del Poder Ejecutivo que se ven involucrados.

La estructura de la tesina está dividida en cuatro secciones, conforme a la siguiente estructura: primera y segunda sección, presentan un marco general del sistema de contratación pública nacional, donde se aborda la naturaleza especial de los contratos administrativos, se describe la naturaleza de los impedimentos y pretende responder las preguntas ¿qué son los impedimentos?, ¿por qué existen?, y ¿para qué existen?; finalizando la sección con el desarrollo de “Impedimentos para contratar con el Estado por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del cónyuge, conviviente y parientes de los impedidos para contratar con el Estado”.

La tercera sección tiene el objetivo analizar y establecer los principios constitucionales y de contratación pública afectados y favorecidos con la aplicación del impedimento materia de estudio. De este modo, se establece una especial atención en la afectación que sufre el derecho a contratar o a la libertad de empresa de aquellos impedidos por causales ajenas a las procuradas por ellos mismos.

La cuarta sección analiza la proporcionalidad del impedimento y la necesidad de la existencia del mismo, llegando a una primera conclusión basada en razonamiento comparativo realizado con la herramienta del análisis económico del derecho.

Finalmente, se presenta el resultado de la investigación, que son el resultado de las conclusiones arribadas durante el desarrollo de la presente tesina, a través de las cuales se permite comprender la necesidad de cautelar los bienes jurídicos protegidos; sin embargo, se concluye en la necesidad de privilegiar una opción menos gravosa y por ser responsabilidad del Estado asegurar el cumplimiento de la normativa sin trasladar la restricción a los administrados.



PRIMERA SECCIÓN

ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Descripción del Sistema De Contratación Pública Nacional

1.1 El Bienestar general como Fin del Estado

El artículo 1° de la Constitución Política del Perú establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Sobre este punto, Castillo Córdova¹ indica que la consideración de la persona humana como fin y no como medio tiene una consecuencia directa y además necesaria en el ámbito jurídico: la promoción de la plena vigencia de sus derechos humanos o fundamentales. Esto significa que todo lo demás (como, por ejemplo, el poder estatal) es un medio para conseguir la plena vigencia de tales derechos.

Por su parte, Patrón Faura² considera que tal fin es uno *“de carácter primordial y superior que se relaciona con la protección y respeto de los altos valores de la persona, su vida, su dignidad y el derecho a su plena realización”*.

Ahora bien, para alcanzar ese Fin Supremo consagrado en la Constitución Política, el Estado establece distintos supuestos y condiciones que coadyuvan a cumplir con determinados fines que devienen en esenciales para lograr el estado ideal; tal es así que, promover el Bienestar General considerado como un estado ideal que consiste en la satisfacción de las necesidades de la persona humana, en forma conveniente y oportuna³.

1.2 La Administración Pública como herramienta para alcanzar el bienestar general

¹ Cf. Castillo Córdova, Luis, “Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general”, Lima: Palestra Editores, 2007, p. 53.

² Patrón Faura, Pedro, “Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú”, Lima: Editorial Grijley, 2004, p. 23.

³ Ibid.

Como se ha mencionado anteriormente, el Estado es el llamado a promover y garantizar el bienestar general de la población, para lo cual debe procurarse de herramientas, estrategias y políticas destinadas a lograr dicho fin. No obstante, para que el Estado pueda cumplir la finalidad de alcanzar el Bienestar General, es precisa e indispensable la acción dinámica y permanente de un conjunto de entidades con múltiples acciones, adecuada y técnicamente coordinadas entre sí; complejo al que se le denomina en términos generales “Administración Pública”⁴ y a la que, constitucionalmente, se la asocia con el Poder Ejecutivo⁵.

Asimismo, Juan Carlos Cassagne refiere que,

“por su propia naturaleza, la Administración Pública desarrolla una actividad material y objetivamente administrativa, de alcance individual y concreta, tendiente a satisfacer, en forma inmediata, las necesidades de bien común o interés público, cuya concreción resulta indispensable en toda comunidad jurídicamente organizada”⁶.

Así, como se ha indicado, la Administración Pública es la llamada a traducir y concretar las políticas de estado que generen bienestar, para lo cual administran la facultad estatal de determinar las políticas y estrategias definidas para tal fin. Y esto se traduce en la emisión de normas, políticas y directrices que permitan a la Administración Pública seguir un camino en pro de los administrados.

1.3 La actividad contractual del estado: perspectiva constitucional

La Administración Pública no solo despliega por sí misma su actividad, sino que, también, recurre al concurso o colaboración de las voluntades de terceros para el cumplimiento de sus múltiples finalidades a la luz del interés público que la justifica y sostiene⁷, lo que por su puesto ocurre cuando decide establecer relaciones contractuales de diversa índole, bastando para ello constatar que su universo

⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁵ En este punto es pertinente traer a colación el comentario efectuado por los autores García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, quienes indican que a partir de la Revolución Francesa, es el momento en el que nace el Derecho Administrativo y donde la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco constitucional del principio de división de poderes. Ver García de Enterría, Eduardo y otros, “Curso de Derecho Administrativo”, Lima: Palestra Editores, tomo I, p. 28.

⁶ Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Lima: Palestra Editores, 2010, p. 32.

⁷ Parejo Alfonso, Luciano, “Manual de Derecho Administrativo”, citado por Gaceta Constitucional, “La Administración Pública en la Constitución”, Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2009, p. 14.

contractual es vasto por decir lo menos: compras, ventas, arrendamientos, concesiones de infraestructura, concesiones de servicios públicos, contratos financieros, contratos de empréstito, etc.

En el caso peruano, a diferencia de los ordenamientos legales de otros países⁸, no existe un régimen legal que abarque o intente comprender toda la actividad contractual que realiza el Estado⁹. La actual Ley de Contrataciones, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, y sus correspondientes modificatorias, proporciona una regulación unitaria, pero solo de un espectro de la contratación administrativa que involucra contratos de adquisición de bienes, servicios y obras, aunque no regula la totalidad de las situaciones contractuales del Estado; como es el caso de los contratos de concesión, de disposición de bienes de éste, los contratos leyes, etc.; los cuales cuentan con su propia regulación¹⁰.

Por ese motivo es que la Constitución Política del Perú no ha sido ajena a dicho fenómeno, elevando a rango constitucional el régimen básico de algunos contratos estatales como: el caso de los procesos para la contratación de bienes y obras (artículo 76), las concesiones de recursos naturales (artículo 66), las concesiones de bienes de dominio público (artículo 73) y los contratos-ley o convenios de estabilidad jurídica (artículo 62)¹¹.

Dada la temática abordada en la investigación, habremos de analizar los principios constitucionales relacionados con el artículo 76 de la Constitución Política del Perú. Y, si bien es cierto que aquella previsión hace referencia concreta a bienes y obras, esto ha sido complementado al incluirse los bienes y las consultorías de las obras a las que hace referencia la Ley de Contrataciones del Estado y sus modificatorias.

El artículo 76 de la Constitución Política del Perú, establece lo siguiente:

“Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y la Licitación Pública

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

⁸ Tal es el caso de España con la Ley de Contratos de Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000) o en Colombia con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

⁹ Gaceta Constitucional, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Danós, Jorge, “Situación de la legislación peruana en materia de contratación del Estado”, en Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo 141. Referencia citada por Gaceta Constitucional, *op.cit.* p. 15.

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”.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la función constitucional del precitado artículo 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 eficacia 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”¹².

Por su parte, el OSCE ha opinado que la naturaleza de los fondos públicos comprometidos en una adquisición o contratación determina que estos deban ser utilizados en beneficio de todos, cumpliendo con la finalidad de satisfacer el interés general que subyace al accionar de la Administración Pública. Por eso, la erogación de dichos fondos no solo debe ser eficiente, sino también, debe sujetarse a ciertos principios reconocidos tanto constitucional como legalmente, tales como la transparencia, trato justo e igualitario, libre competencia, entre otros¹³.

Sobre este punto, debemos indicar ciertos puntos en relación a la “finalidad pública” como elemento directriz de la administración estatal y como principio fundamental de su funcionamiento. Dicho principio implica que la toma de las decisiones de la administración pública no se sustenta en la satisfacción de los intereses del Estado, o de una clase particular de la sociedad, sino en la satisfacción de la generalidad de la misma. De esta forma este principio –que se irradia en todo el Derecho Administrativo, como rama del Derecho Público– le otorga legitimidad al Estado y vinculatoriedad a sus decisiones y acciones adoptadas por sus agencias (sean estas del Ejecutivo, como de los otros poderes del Estado o de los diferentes niveles de gobierno).

Detrás de esta noción (“finalidad pública”), se encuentran las innumerables definiciones de la administración estatal. Como bien indica Paz, *“(e)sta definición de Administración Pública (...) no se asocia únicamente como un instrumento de*

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de mayo de 2004. Expediente N° 020-2003-AI/TC.

¹³ Al respecto ver las Opiniones del OSCE N° 026-2005/GTN, N° 081-2006/GNP, entre otras.

actuación del Poder Ejecutivo, ya que esta noción abarca también a los órganos restantes del Poder del Estado, en los tres niveles territoriales de distribución vertical del Poder Público al realizar éstos funciones administrativas, resaltando su característica primordial que viene dada por la finalidad que persigue, que no es más que la satisfacción de los intereses públicos y la conservación del derecho, con vocación de servicio a los requerimientos de la comunidad,”¹⁴

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha indicado, al respecto, que *“(e)l interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.”¹⁵*

Y, aún más, ha agregado lo siguiente:

*“Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea **que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.**”¹⁶ (Énfasis agregado)*

Esto último es de especial interés para nuestra investigación, pues es en base a la “finalidad pública” que la administración decidirá que ciertos derechos individuales deben verse restringidos o delimitados. Esto es consecuencia del hecho de que el interés público no se encuentra conformado por la satisfacción del interés de todos los que forman la sociedad (lo cual estaría vinculado al concepto de “interés común” antes que al de “interés público”), sino en la satisfacción de la sociedad como un todo y de los valores más importantes del mismo, entendido como aquello trascendente para la vida de la mayoría y no la de unos pocos (quienes tendrán que ver limitados sus derechos personales por el bien común). Ello lleva a entender que *“el interés general sería el interés de la colectividad objetivamente entendida, que puede consolidarse*

¹⁴ PAZ DE HENRÍQUEZ, Norma "El Rol de la Administración Pública en la Aplicación, Protección y Desarrollo de la Participación Ciudadana" En: *Anuario* N° 29. 2006. p. 78.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 0090-2004-AA/TC-Lima del 5 de Julio de 2004. Para. 11

¹⁶ *Idem.*, .

incluso a través del sacrificio de los intereses de algunas categorías o grupos.”¹⁷

Ahora, podría cuestionarse: ¿Puede considerarse que existe una finalidad o interés público en la restricción de los derechos de ciertos individuos para contratar con el Estado?

Al respecto, debemos indicar que, lo que constituye el “interés público” en determinado momento se efectúa en sede estatal, especialmente a través de las normas emitidas por el Parlamento como entidad revestida del Principio de Representatividad. Ahora, aquellas normas pueden expresar o materializar restricciones a los derechos de los individuos con miras de satisfacer un interés mayor como sería el interés público de proteger la transparencia y el buen funcionamiento de la administración pública.

A decir de Montalvo:

“El Estado es la instancia en donde se define y expresa lo que en un determinado momento se considera el interés general. Es por medio de las estructuras estatales por la que se concilian los intereses particulares con los intereses colectivos propios y esenciales a toda colectividad. Este colectivo, a través del voto legislativo, no constituye únicamente parte esencial de la República, según Kant, sino que pretende ser parte activa según su propia voluntad en comunión con los demás.¹⁸ .

Ahora, esto no implica que baste identificar una restricción contenida en una ley o una norma para que la misma sea constitucionalmente válida. Como tendremos oportunidad de analizar, aquella restricción deberá cumplir con ciertos criterios constitucionales, los mismos que deberán ser revisados en profundidad en su momento.

¹⁷ Bien indican los autores que: *“Más interesante resulta analizar la diferencia del interés general con el interés común, que pone en evidencia Cerri al estudiar los orígenes de aquél. Mientras que el interés común sería el interés coincidente de todos y cada uno de los asociados, el interés general sería el interés de la colectividad objetivamente entendida, que puede consolidarse incluso a través del sacrificio de los intereses de algunas categorías o grupos. Según sostiene este autor italiano, originariamente sólo había dos categorías de intereses: los individuales y los comunes, tertium non datur. El origen de la expresión interés general estaría dada por la clase dominante que impone juicios valorativos a través de tal concepto. Volveremos de inmediato a esta postura al tratar la definición del interés público.”* Al respecto, véase: DE CORES, CARLOS y CAL, Juan Manuel "El Concepto de Interés Público y su Incidencia en la Contratación Administrativa" En: *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* Año 6, N° 11. 2007. p. 132.

¹⁸ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos "Interés General y Administración Contemporánea" En: *Universitas - Revista de Filosofía, Derecho y Política* N° 14. 2011. p. 132.

1.4 Descripción Del Sistema De Contratación Pública Nacional

El presente trabajo de investigación pretende ubicar al lector bajo el escenario donde el Estado está obligado a satisfacer¹⁹ de manera eficiente los derechos internos del ciudadano, pero al igual que nosotros, no puede hacerlo por sí mismo, sino que requiere de los llamados proveedores de la Administración Pública que brindan bienes y servicios o ejecutan obras a favor del Estado; por lo que reciben el pago del precio o la retribución correspondiente con fondos públicos²⁰ que, independientemente de su fuente de financiamiento, sirven para atender los gastos que genere el cumplimiento de los fines del Estado.

Con esta breve introducción, en el presente acápite corresponde recordar el rol del Estado Peruano, que en su calidad de Estado social y democrático tiene deberes fundamentales que cumplir, tales como la defensa de la soberanía nacional, la protección de la población frente a las amenazas tradicionales y las “no tradicionales, como lo son la pobreza, el terrorismo [...] el deterioro medio ambiental y los desastres naturales”²¹ y debe promover el bienestar general a través del acceso a las prestaciones de salud, seguro social, educación y trabajo, entre otras obligaciones.

De este modo, habiendo enmarcado el rol de Estado como una suerte de deberes fundamentales que el Estado debe satisfacer, surge la interrogante ¿y cómo le hace? la respuesta parece compleja y, en realidad, lo es. Sin embargo, se traduce en un sistema de contratación pública nacional con regulación propia y que supletoriamente se nutre de las normas de derecho público para luego pasar a las normas de derecho privado.

Los sistemas de contratación pública nacional no se encuentran unificados bajo un solo cuerpo legal, sino que existen diversos regímenes especiales de contratación pública, por lo que, podemos afirmar que nuestro país cuenta con diversos, y complejos, sistemas contractuales estatales que merecen ser analizados uno a uno. No obstante, el presente trabajo de investigación estará enfocado hacia aquella

¹⁹ Las cuales constituyen un fin público o propio de la administración pública y llevan implícitamente cláusulas exorbitantes. Dromi, Roberto. “Licitación Pública”. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p.22.

²⁰ Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Artículo 10°.

²¹ León Vásquez, Jorge Luis. “Deberes Fundamentales del Estado”. En: *La constitución comentada*. Análisis artículo por artículo. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2005, tomo I, pág. 697.

contratación que realiza día a día el Estado para proveerse de los bienes, servicios u obras que necesita y para lo cual debe emplear fondos públicos; es decir, nos referiremos a aquella contratación pública regida bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado²², excluyendo intencionalmente a aquellos otros sistemas que se encuentran –en un primer momento- fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones. Esto, sin perjuicio que pudieran resultar mencionados en el desarrollo del presente trabajo con fines explicativos, tales como: el régimen de concesiones, los contratos de concesión de infraestructura pública, los contratos ley, las contrataciones que realiza PETROPERÚ, el PRONAA, el FONAVI, entre otras.

Ahora, como se ha descrito anteriormente, existen diversos regímenes de contratación pública nacional, pero la presente investigación se enmarca bajo el ámbito del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado²³. Esta Ley es el medio que establece las reglas mediante las cuales la Administración Pública busca satisfacer sus necesidades a cambio de un precio justo a consideración del mercado²⁴, aunque no puede proveerse directa y discrecionalmente de aquello que considera necesario y como lo considere pertinente²⁵, debe seguir una secuela de pasos definidos legalmente²⁶, y enmarcados en un proceso de selección, o incluso como una exoneración de corresponder, el cual culmina con la suscripción del Contrato de la Administración Pública. Y este “se justifica como medio para el cumplimiento de los objetivos y metas de la Administración Pública”²⁷.

En ese sentido, es importante que durante la lectura de esta sección, se tenga en cuenta que el Estado contrata con terceros, previa realización de procedimientos

²² Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017; en lo sucesivo “la Ley”.

²³ Nombre genérico que usaremos durante el presente trabajo para referirnos a aquellas Entidades previstas por el artículo 3 inciso 1) de la Ley, salvo alguna otra indicación expresa.

²⁴ El precio de los bienes, servicios y obras siempre lo determina el Estado, pero no es una imposición arbitraria, sino es en base a un estudio de posibilidades que ofrece el mercado que debe sujetarse a ciertas reglas, las mismas que están reguladas por la Ley.

²⁵ Salvo, en los supuestos de inaplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, contemplados en el artículo 3° del mencionado cuerpo legal.

²⁶ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública: “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”.

²⁷ Salazar Chávez, Ricardo. “La Contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses Involucrados en cada Contrato”. En: *Revista Derecho & Sociedad*, Lima, N° 23, pp. 36 y ss.

administrativos preestablecidos que son supervisados durante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado²⁸ y posteriormente fiscalizados por la Contraloría General de la República, a través de los Órganos de Control Interno de cada Entidad. De esta forma, reduciendo la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, podríamos considerar, incluso, que se trata de un mecanismo que por los procedimientos y la publicidad que recibe a través del SEACE²⁹, puede ser considerado como un instrumento en pro de la lucha anticorrupción.

2. Procesos de selección

El proceso de selección es el procedimiento administrativo establecido por la Ley para regular la contratación de un bien, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, siempre que, el pago o retribución correspondiente, irrogue fondos públicos. Asimismo, dicho proceso se inicia con la convocatoria del mismo a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo “SEACE”, y culmina con la suscripción del contrato respectivo, la cancelación del proceso, cuando se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causa imputable a la Entidad o cuando no se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 137³⁰.

La contratación administrativa, bajo los alcances de la Ley, pasa por un triple filtro durante la ejecución del proceso de selección, independientemente si se analiza un proceso de selección clásico o uno sujeto a modalidad; o si es electrónico o no. Los filtros referidos son la regulación normativa, la publicidad a través del SEACE y la supervisión de los procesos.

²⁸ Ex CONSUCODE, hoy llamado OSCE.

²⁹ El SEACE, es el sistema electrónico de contrataciones del Estado, a través del cual se llevan a cabo todas las etapas del proceso de selección. El SEACE es administrado por el OSCE, y es una consola que permite cargar documentos, registrar datos, otorgar la buena pro, y está interconectado con el Registro Nacional de Proveedores y con el Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de autorizar los pagos.

³⁰ Reglamento Artículo 137 del Obligación de contratar [...] “La Entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad, en el responsable”.

1.1. La Regulación

El primer filtro es a la regulación normativa de la contratación administrativa al amparo de la Ley, las Directivas, los comunicados y alguno que otro Decreto de Urgencia que emite el Poder Ejecutivo con la finalidad de regular algún supuesto especial dentro de la contratación administrativa.

Así, a través de la revisión de la Ley y el Reglamento, y otras normas complementarias, puede concluirse que la regulación contractual en materia de contratación pública es exhaustiva y abarca un gran abanico de supuestos; desde la etapa preparatoria del proceso hasta el fin de la etapa contractual.

Asimismo, los operadores logísticos³¹, como funcionarios y/o servidores públicos que son, están en la obligación de tomar en cuenta el principio administrativo de Legalidad, siendo así, se reduce su margen de discrecionalidad respecto a las decisiones que puedan tomar durante la ejecución del proceso de selección.

1.2. La Publicidad a través del SEACE

Tanto la Ley como la Directiva que establece las Disposiciones aplicables al registro de información de los procesos de selección y otros actos en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado, Directiva N° 008-2011-OSCE-CD, establecen la obligatoriedad, bajo responsabilidad, de publicar en el SEACE todas las contrataciones que realicen las entidades, sin reparar en el régimen legal o fuente de financiamiento al que se sujete la contratación. Es así que existe esta disposición de publicidad absoluta, entendida como la revelación del total de las contrataciones que realiza el Estado, sin importar el régimen legal que las regule o si están comprendidas o no dentro de los supuestos de aplicación de la Ley.

³¹ Funcionarios y/o servidores de la administración pública que laboran en el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una entidad pública. Directiva que regula el Procedimiento para la Certificación de funcionarios y servidores que laboran en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad. Directiva N° 001- 2011-OSCE/CD, aprobada mediante Resolución N° 159-2011-OSCE/PRE.

El SEACE tiene, dentro de su plataforma, campos relacionados con los actos preparatorios, el proceso de selección y la etapa de ejecución contractual; tal es así que, en mérito a la *interfase* existente entre en el SEACE y el SIAF, este último operado por el Ministerio de Economía y Finanzas, se realiza la verificación de los nombres de los contratistas y se disponen los pagos.

Ahora, regresando a la publicidad y difusión del proceso de selección, las entidades estatales están en la obligación de publicitar desde la convocatoria hasta la firma del contrato; es decir, debe ser de público conocimiento lo registrado como participantes, las consultas y/u observaciones y el sentido en el cual han sido absueltas por el Comité Especial, los postores, la calificación y evaluación de las propuestas, el postor adjudicatario de la buena pro. Asimismo, en el supuesto que haya existido alguna apelación al otorgamiento de esta se registra la Resolución que la resuelve, etcétera, hasta llegar a la firma del contrato; con lo cual concluye el proceso de selección.

En resumen, a través del SEACE se publicita y difunden las incidencias que se han presentado durante del proceso de selección. En ese sentido, el SEACE es reconocido como un medio efectivo e interactivo de lucha contra la corrupción y promoción de la transparencia de las compras estatales, ya que este sistema es un instrumento que permite la función fiscalizadora de las contrataciones que realiza el Estado.

1.3. Función Supervisora

La contratación pública nacional tiene una naturaleza tal que por la envergadura de los montos contratados anualmente, que se incrementan año a año, resulta necesaria la existencia del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, el OSCE. Este tiene como una de sus funciones principales, la de supervisar de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de selección que se realicen al amparo de la Ley y de su Reglamento.

En ese sentido, la Subdirección de Supervisión de la Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudios Económicos, es la unidad orgánica que basa su existencia en la supervisión de los procesos de selección, ya sea de forma aleatoria o como consecuencia de las denuncias realizadas por los ciudadanos.

Para realizar la supervisión de los procesos de selección se utiliza como herramienta principal la información publicada en el SEACE por las Entidades. Es así que, de la

revisión del SEACE, el OSCE toma conocimiento de actuaciones consideradas como transgresiones a la normativa de contrataciones en la etapa de selección. Si la Subdirección de Supervisión encontrara, en el ejercicio de su función supervisora, algún indicio razonable de perjuicio económico al Estado o de comisión de un delito, emitirá un informe proponiendo la suspensión del mencionado proceso.

En resumen, los operadores logísticos y los miembros del Comité Especial o *Ad Hoc*, tienen una triple condicionante al momento de realizar cualquier acción dentro del proceso de selección. Sin perjuicio de ello, existe una cantidad importante de procesos que no pueden ser supervisados por un aspecto relacionado con la capacidad operativa necesaria para ello.



SEGUNDA SECCIÓN

LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

1. Nociones generales.

Existen supuestos jurídicos que merecen ser protegidos por el Estado, lo cual se logra a través de la emisión de normas que crean el escenario adecuado para que estos supuestos sujetos a protección se encuentren protegidos, frente a aquellos supuestos que pudieran aparentar ser una amenaza para ellos. Asimismo, desde que el legislador consideró establecer impedimentos o restricciones para accionar de determinada manera o en determinado sentido, se asume que existe un bien jurídico protegido que tiene un mayor valor frente a aquel derecho restringido. En ese sentido, la normatividad nacional establece innumerables supuestos, en los cuales la propia legislación prohíbe o limita el accionar de un derecho en defensa de otro derecho que es considerado socialmente de mayor valor.

Por ejemplo, la advertencia “está prohibido fumar en lugares públicos”, si bien existe una disposición constitucional, en la cual se precisa que el Estado protege el derecho de los consumidores, no es menos cierto que para el Estado prima el interés común al interés individual. Por eso, considera que “proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco”³² prima frente al derecho de los consumidores de tabaco a ejercerlo libre e irrestrictamente.

Además, existe la prohibición de contraer matrimonio para aquellas personas que adolecen de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia que constituya peligro para la prole³³, está prohibido entregar información pública cuando esta está

³² Ley N° 28705, Ley General Para La Prevención Y Control De Los Riesgos Del Consumo Del Tabaco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 06 de abril de 2006. Y modificada por la Ley N° 29517, Ley General Para La Prevención Y Control De Los Riesgos Del Consumo Del Tabaco, Para Adecuarse Al Convenio Marco De La Organización Mundial De La Salud (OMS) Para El Control Del Tabaco. Publicada en el Diario Oficial el Peruano el 01 de abril de 2010.

³³ Artículo 241º, del Código Civil Peruano, Decreto Legislativo N° 295, publicado el 25 de julio de 1984.

relacionada a la información clasificada en el ámbito militar³⁴, cualquiera sea el régimen legal aplicable están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas las personas que reúnen ciertas cualidades.

Los impedimentos, o restricciones oponibles a aquellos supuestos jurídicos con “menor valor” podrían ser considerados como excepciones al ejercicio de los derechos que les han sido reconocidos por mandato constitucional, y son restringidos en pos del bien común, del bien social, de todos frente a uno. Sin embargo, correspondería reflexionar respecto a la idoneidad de estas restricciones y su alcance. Tal vez, en algunos casos resulta que el Estado en un afán de protección exagerada de la comunidad, dispone medidas exorbitantes respecto a su alcance, sin que se logre efectivamente el resultado deseado, a pesar de la limitación a derechos.

2. Definición

El ordenamiento jurídico nacional en materia de contratación pública nacional³⁵ ha regulado la posibilidad que toda persona natural o jurídica pueda participar en los procesos de selección que llevan a cabo las Entidades³⁶ del Estado, siempre que previamente se hayan inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. Estos procesos se realizan con la finalidad de proveer a la administración pública³⁷ de los bienes, servicios u obras requeridas, a precios y costos adecuados, para efectos de atender los servicios esenciales y las operaciones productivas que realiza el Estado como parte de su función, que está orientada directa o indirectamente a alcanzar finalidades públicas.

³⁴ Texto Único Ordenado de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.

³⁵ La Ley de Contrataciones del Artículo 241º, del Código Civil Peruano, Decreto legislativo N° 295, publicado el 25 de julio de 1984.

³⁶ Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, aprobada mediante Decreto Supremo Estado, su Reglamento, las Directivas emitidas por el OSCE y demás normas complementarias.

³⁷ En todos los casos en que mencionemos Entidad, se entenderá referido a una Entidad Pública o Entidad del Estado.

³⁷ “El Concepto de administración pública es eminentemente dinámico, como si dijéramos el Estado en movimiento, en acción permanente, actuante en vivo. Por ello tiene una extensión variable: una amplia referida a todo el aparato estatal íntegramente, por lo que viene a ser sinónimo de Estado, y una restringida, en la que se alude al Poder Ejecutivo, llamado Poder administrador”. Bacacorso, Gustavo. “Tratado de Derecho Administrativo”, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2000, p. 37.

Así, existe la concepción inicial que toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no domiciliada tiene derecho a contratar con el Estado³⁸ de forma libre y espontánea. En este sentido, se asume que en principio y como regla general, no debería existir mayor restricción, salvo, cuando expresamente hubieran sido excluidos expresamente para ello³⁹.

Ahora bien, ya que se ha indicado la regla general corresponde como en todo ordenamiento jurídico establecer las excepciones mediante Ley o norma con rango de ley, ya que de otra manera se estarían vulnerando “derechos fundamentales reconocidos y no reconocidos por la Constitución”⁴⁰.

Para el caso de la contratación pública, que nos ocupa en este trabajo de investigación, estas han sido enumeradas en el artículo 10º de la Ley, en una suerte de lista taxativa de restricciones o impedimentos para ser participante y/o postor en un proceso de selección y/o contratar con el Estado. En relación a la naturaleza jurídica de los impedimentos, un sector de la doctrina considera que tienen carácter sancionador, mientras que otro sector niega ese carácter.

Sobre el particular, por sanción debe entenderse que es un mal infligido por la Administración Pública a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal; es decir, tiene como característica esencial su fin aflictivo. Tal como sostiene Humberto Gosálbez Pequeño⁴¹, la intención del legislador al establecer sanciones administrativas no es la protección del interés general, ni los derechos subjetivos o intereses legítimos de los ciudadanos que pueda verse afectados por la actuación ilícita tipificada como infracción, ni se pretende evitar futuras comisiones de los ilícitos administrativos. La finalidad primordial es, precisamente, reprimir al infractor por haber incurrido en la infracción tipificada. Asimismo, este mismo autor señala que, por el contrario, los impedimentos o prohibiciones pueden calificarse como limitaciones administrativas de derechos, en cuanto suponen una auténtica privación temporal de la facultad de ser postor o contratista, por razones de interés general.

³⁸ Previa selección mediante el procedimiento administrativo establecido para ello.

³⁹ Consideramos importante precisar que, también pueden tener calidad de participante, postor y/o contratista las personas públicas estatales y las empresas del Estado.

⁴⁰ Abad Yupanqui, Samuel. “El Proceso Constitucional de Amparo”. En: *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, tomo II, 2005, p. 1073.

⁴¹ Cf. Gosálbez Pequeño, Humberto. “El Contratista de la Administración Pública”, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 202.

Por consiguiente, los impedimentos vienen a constituir el conjunto de prohibiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado. Los proveedores que estén incurso en algunos de estos no podrán participar en los procesos de selección que convoquen las Entidades del Estado, ni presentar propuestas, ni contratar con estas.

3. Finalidad

La finalidad de los impedimentos es la realización efectiva de los principios de moralidad, imparcialidad⁴² y trato justo e igualitario⁴³. Se trata de evitar, fundamentalmente, que determinados proveedores, ya sea por razón de su alta investidura, por su injerencia directa en la toma de decisiones o por el acceso previo a información relacionada con un proceso de selección, tengan una posición privilegiada respecto de los demás potenciales proveedores o que participen aquéllos que tienen suspendido su derecho. De esta manera, se previene la generación de conflictos de interés, se promueve la transparencia⁴⁴ en los procesos de selección que convocan las entidades públicas y la más amplia concurrencia de proveedores.

Todo ello está relacionado con el deber que tienen los proveedores, al igual que los funcionarios y servidores que gestionan las contrataciones en representación de la entidad pública, de proceder con estricta sujeción al principio de moralidad que rige las contrataciones públicas; es decir, actuar con honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

Siguiendo la explicación de los párrafos anteriores, podemos ejemplificar lo que sucedería si existiera discrecionalidad irrestricta de la Administración Pública. Para eso, imaginemos por un momento que las Entidades tuvieran la facultad, acompañada de la voluntad, de excluir a discreción a aquellos que, según su criterio, pudieran estar incluidos dentro de algún impedimento estipulado por la administración vigente en esa Entidad⁴⁵. El resultado sería que las cortes del país estarías llenas de personas, que

⁴² Este principio establece que las decisiones de los órganos de las entidades responsables de las contrataciones que lleva a cabo la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la Ley y su Reglamento, así como con sujeción a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento de postores y contratistas.

⁴³ Este principio dispone que todo postor debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes, encontrándose prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

⁴⁴ Es decir, que toda contratación se realice sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a todos los proveedores interesados en participar.

⁴⁵ La cual podría variar el criterio aplicado para excluirlo, respecto a otra Entidad.

han sentido vulnerados o amenazados sus derechos, interponiendo Acciones de Amparo a “diestra y siniestra”⁴⁶.

Esta necesidad de contar con una manifestación expresa de los impedimentos, también es compartida por el jurista argentino Roberto Dromi, quien considera que:

“las excepciones para contratar con el Estado se justifican de conformidad con la normativa y por el objeto propio de la licitación; más no se trata de una cuestión que quede al libre albedrío del licitante, sino que la misma regulación a la que proporciona los supuestos en los que apartamiento procede”⁴⁷.

4. Etimología e interpretación

La palabra impedimento, proviene del latín “*impedimentum*” que significa limitación, restricción, “obstáculo, embarazo o estorbo”⁴⁸ en nuestro camino para conseguir aquel objetivo propuesto, considerado necesario o simplemente deseado.

Por eso, el legislador estableció reglas de cumplimiento obligatorio destinadas a interpretar restrictivamente estas disposiciones relacionadas con los impedimentos para contratar con el Estado, es por ello que, la Constitución Política del Estado de 1993 contempla expresamente, en su artículo 139^o, inciso 9) la prohibición de aplicar por analogía las normas que restrinjan derechos, como lo es el caso mencionado.

4.1 Prohibición de aplicación por analogía “*in malam partem*”⁴⁹

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

9. El principio de inaplicación por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.”⁵⁰

Del tenor del artículo transcrito, puede dilucidarse la existencia de una prohibición expresa de aplicar por analogía la ley penal y las normas que restrinjan derechos.

⁴⁶ Expresión coloquial que se refiere a una acción realizada de forma indiscriminada.

⁴⁷ Dromi, Roberto. “Licitación Pública”. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 315.

⁴⁸ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Edición, Madrid: Editorial EPASA, 2001, p 1252.

⁴⁹ Urquiza Olaechea, Javier. “Prohibición de aplicación por analogía in ‘malam partem’”. En: *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, tomo II, 2005, p. 531

⁵⁰ Reproducción literal del artículo 13^o, inciso 9, de la Constitución Política del Estado de 1993.

Para efectos del presente trabajo se realizará un análisis únicamente de la parte del artículo que se relaciona con la restricción de derechos.

Entonces, debe entenderse que la palabra analogía, debe interpretarse como la manera de “establecer una relación de semejanza a cosas distintas”⁵¹ buscando obtener un mismo efecto jurídico; es decir, que a través de un mismo sentido interpretativo se obtenga el efecto jurídico propio de cada situación en concreto.

Dentro de la doctrina peruana, existen diversas opiniones acerca de la interpretación por analogía en los supuestos restrictivos de derechos. Por una parte, Javier Urquiza considera que el fundamento de la prohibición de la aplicación de la analogía *in malam partem*, es la prevención general positiva y la seguridad jurídica⁵². Del mismo modo, Marcial Rubio Correa considera que el sentido de tal principio es la de impedir una interpretación que pudiera añadir o quitar o aumentar o disminuir los márgenes de aplicación contemplados estrictamente por la norma⁵³.

Por otra parte, está el constitucionalista Víctor García Toma⁵⁴, que hace una descripción de los contenidos de los principios constitucionales, los cuales encierran cuatro opciones: (i) los principios donde se plantea la consecución de fines; (ii) aquellos principios que aparecen como expresión metanormativa, en donde se orienta la actividad del operador para la aplicación de las reglas⁵⁵; es decir, los principios que le dicen que hacer al intérprete de la norma; (iii) otros plantean el cumplimiento de una obligación genérica y lata; y finalmente, (iv) donde establece en forma precisa el accionar gubernamental como la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda insalvable.

En conclusión, existe el mandato constitucional de no interpretar analógicamente aquellas normas que restrinjan derechos, puesto que lo que se pretende es restringir lo estrictamente deseado por el legislador, dado que del análisis comparativo entre los beneficios y perjuicios de la restricción se presume que existió una mayor valoración del beneficio. De otra parte, se concluye que los supuestos previstos en el artículo 10º de la Ley se aplica la prohibición de interpretación analógica, siendo así, puede

⁵¹ Urquiza, *op. cit.*, p. 531.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Cf. Rubio Correa, Marcial. “Título Preliminar”. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993, p. 5.

⁵⁴ Presidente del Tribunal Constitucional Peruano durante el período diciembre de 2005 - diciembre de 2006.

⁵⁵ García Toma, Víctor. “Teoría del Estado y Derecho Constitucional”. Lima: Editorial Palestra, 2005, p. 484.

asumirse con bastante claridad que solo por una norma con rango de Ley pueden restringirse derechos y no cabe interpretación extensiva al respecto.

5. Impedimentos para ser Participante, Postor y/o Contratista en el Perú.

Los impedimentos están relacionados con ciertas calidades reunidas en la persona de los llamados impedidos, siéndoles atribuidas como consecuencia de la realización de una acción voluntaria o muchas veces sin que ellos sean conscientes o hayan realizado una acción u omisión directa para obtenerla o siquiera consentirla.

La Ley contiene dentro de su cuerpo normativo un listado taxativo donde se enumeran, en una suerte de *numerus clausus*, todos los supuestos de impedimentos para ser participante, postor y/o contratista. Para ser consecuentes con el desarrollo de la presente sección, es preciso que los impedimentos se consignen en la Ley porque son disposiciones que restringen derechos. Sin embargo, el literal l) del artículo 10º, parece permitir y dejar la puerta abierta establecer más impedimentos pero en el cuerpo normativo del Reglamento, sin embargo, este supuesto no es materia del presente análisis.

1.1 Impedimentos Contemplados En El Artículo 10º De La Ley.

La Ley de Contrataciones del Estado señala en forma expresa que existen impedimentos para actuar como participantes⁵⁶, postores⁵⁷ y/o contratistas⁵⁸ del Estado, en el marco de todos los regímenes de contrataciones.

Asimismo, precisa que los impedimentos se extienden a otros regímenes legales que resulten compatibles con la Ley y su Reglamento; tales como los regímenes legales de contratación de bienes, servicios y obras, siempre que estos sean suministrados, brindados o ejecutados por terceros y que la contraprestación, el precio o la retribución, sea asumida y pagada por la Entidad con fondos públicos.

⁵⁶ Para ser participante basta con registro como tal en un proceso de selección.

⁵⁷ La calidad de postor se obtiene al presentar propuestas dentro de un proceso de selección, pero se pierde al retirar los sobres que las contienen o al aceptar la devolución de estos.

⁵⁸ El contratista es aquel que primero fue participante, para luego ser postor y finalmente hacerse con la Buena Pro y firmar contrato con la Entidad licitante.

No se aplicarán los impedimentos previstos en la Ley: (i) en los regímenes legales que sean incompatibles con la Ley y su Reglamento; y en los regímenes legales que tengan su propia regulación de impedimentos, como es el caso de contrataciones de personas con vínculo laboral, operaciones de endeudamiento, actos de disposición, administración y gestión de bienes de propiedad estatal, transferencia al sector privado de activos o acciones de propiedad del Estado, concesiones, ejecución presupuestal directa, los convenios de cooperación o gestión, entre otros.

5.1.1. Clases De Impedimentos

El artículo 10° de la Ley establece los siguientes supuestos en los cuales están impedidos de contratar con el Estado en el ámbito nacional, regional y local, conforme se indica:

A nivel nacional

a) *“En todo proceso de contratación pública, hasta los doce (12) meses después de haber dejado el cargo el Presidente de la República, los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros de Estado, los 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”.*

En el ámbito regional

b) *“Hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo los Presidentes Regionales, los Vicepresidentes Regionales, y los Consejeros de los Gobiernos Regionales”.*

En el ámbito de su jurisdicción

c) *“Hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores”.*

En La entidad a la que pertenecen

d) *“Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios*

públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia”.

En el correspondiente proceso de contratación

e) *“Las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas⁵⁹, la determinación del valor referencial⁶⁰, elaboración de Bases, la selección, la evaluación de ofertas de un proceso de selección⁶¹, y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión⁶².”*

En el ámbito y tiempo establecidos para las personas de los literales precedentes

f) *“El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”.*

g) *“Las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria”.*

h) *“Las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria”.*

i) *“Las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan*

⁵⁹ El área usuaria es quien determina las características técnicas mínimas o requerimientos técnicos mínimos, dependiendo si es un proceso destinado a contratar bienes o servicios respectivamente.

⁶⁰ El valor referencial es determinado una vez realizado el estudio de posibilidades que ofrece el mercado. Este valor referencial lo determina el órgano encargado de contrataciones de cada Entidad.

⁶¹ La elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección, es competencia del Comité Especial, conforme a lo señalado por el artículo 31º del Reglamento.

⁶² Los contratos de supervisión se encuentran excluidos en virtud a que la calidad de supervisor es la persona contratada por la Entidad a fin de verificar el cumplimiento del avance de las obras por parte del contratista, es por ello, que incluso resulta conveniente que sea una persona que tiene conocimiento previo, o incluso haya participado en la elaboración, del expediente técnico. Sólo es aplicable para el caso de obras.

como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes”.

Siempre estarán impedidos para contratar con el estado:

j) *“Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su Reglamento”.*

k) *“Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente”.*

l) *“Otros establecidos por ley o por el Reglamento de la presente norma”.*

Asimismo, la Ley dispone que serán nulos aquellos contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el artículo 10º, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante y de los contratistas que celebraron dichos contratos.

1.2 Impedimento Para Contratar Con Estado Del Cónyuge, Conviviente O Los Parientes Hasta El Cuarto Grado De Consanguinidad Y Segundo De Afinidad

El inciso f) del artículo 10º de la Ley menciona de forma expresa, taxativa y clara el impedimento relacionado con el cónyuge, familiares hasta el cuarto grado de

consanguinidad, debe entenderse que es tanto en línea recta ascendente⁶³ y descendente⁶⁴ como la colateral⁶⁵, y segundo grado de afinidad⁶⁶, de :

5.2.1. 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

Este impedimento es considerado como un impedimento total o absoluto, ya que el ámbito del impedimento abarca todo el territorio nacional y por un período equivalente al período en ejercicio de sus funciones y hasta un (1) año después de cesar en el cargo.

Ahora bien, a fin de tratar de entender el desarrollo que realizaremos de la tercera sección y por fines explicativos, realizaremos una breve descripción de los impedidos totales, que es sobre quienes versará la corroboración de nuestra hipótesis.

5.2.1.1. El Presidente de la República

Es el Jefe de Estado, el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, personifica a la Nación y dirige y aprueba la política general del Gobierno en su calidad de Jefe del Poder Ejecutivo.

Como se aprecia de la descripción del cargo de Presidente de la República, este es la máxima autoridad del Estado, ello sin mencionar la representatividad de su cargo a nivel nacional, tal es así que, consideramos que si podría ejercer injerencia directa, incluso con carácter de orden tácita, en cuanto a los beneficiados con los procesos de selección.

5.2.1.2. Los Vicepresidentes de la República

Cumplen funciones establecidas en la Constitución y aquellas que le encargue el Presidente de la República, si bien no tienen ni voz ni voto en las sesiones del Consejo de Ministros, son reconocidos como autoridades nacionales por lo tanto es coherente

⁶³ Hasta el tatarabuelo o tatarabuela.

⁶⁴ Hasta el tataranietao o tataranietao.

⁶⁵ Hasta el primo hermano o prima hermana.

⁶⁶ Generada por el matrimonio.

establecer la prohibición a fin de evitar problemas que puedan desencadenar en un conflicto de intereses; es decir, entre la mejor oferta para el Estado, maximizando el valor del dinero versus el interés de lucro personal.

5.2.1.3. Los Congresistas

Son elegidos por mandato popular un periodo de 5 años, coincidiendo su período con el período presidencial. Sus funciones son las de representar a la Nación, legislar, fiscalizar, entre otras. Hoy en día se legisla en una cámara unilateral.

5.2.2. Los Presidentes, Vicepresidentes y los Consejeros de los Gobiernos Regionales

Los alcances de este impedimento y solo para las mencionadas autoridades, se extiende a las contrataciones que se realicen dentro de la jurisdicción (entendida como ámbito de competencia territorial) de un Gobierno Regional, lo que significa que esos funcionarios no podrán participar en los procesos ni contratar con ninguna Entidad que opere dentro de ese ámbito. Por ejemplo, el presidente, vicepresidente y consejeros del Gobierno Regional de Puno, no podrán contratar con ninguna Entidad que opere dentro de la jurisdicción territorial de dicha Región.

5.2.3. Los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores

Los alcances de este impedimento y solo para las mencionadas autoridades, se extiende a las contrataciones que se realicen dentro de la jurisdicción⁶⁷ territorial de una provincia o un distrito, lo que significa que esos funcionarios no podrán participar en los procesos ni contratar con ninguna Entidad que opere dentro de su respectivo ámbito. Por ejemplo, el alcalde y los regidores de la Municipalidad Provincial de Arequipa, no podrán contratar con ninguna Entidad que opere dentro de la jurisdicción territorial de dicha provincia. Asimismo, el alcalde y los regidores del distrito de San Juan de Lurigancho, no podrán contratar con ninguna Entidad que opere dentro de la jurisdicción territorial de dicho distrito.

⁶⁷ Como en el caso del Gobierno Regional, debe entenderse como ámbito de competencia territorial.

En el caso de los vocales de las Cortes Superiores, hay que tener en consideración la organización del Poder Judicial. La mayoría de las Cortes tienen competencia en un ámbito territorial departamental y sólo algunas tienen competencia de carácter provincial.

5.2.4. Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia.

Los alcances de este impedimento y solo para los mencionados empleados públicos o trabajadores de las empresas estatales, se extiende a las contrataciones que realicen las Entidades a las que pertenecen. Por tanto, no podrán participar en los procesos ni contratar con la Entidad donde laboren o prestan sus servicios. Por el contrario, sí podrían contratar con otras Entidades en las que no brinden sus servicios.

De esta manera, en virtud del literal d) del artículo 10º de la Ley, los: (i) titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo; (ii) directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado; y (iii) funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia, se encuentran impedidos de ser participantes, postores o contratistas en las contrataciones que lleve a cabo la Entidad de la cual son parte. Este impedimento establece la prohibición general para que los “funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos” sean participantes, postores o contratistas en las contrataciones que la Entidad de la cual son parte lleve a cabo.

Asimismo, la remisión que hace a “la ley especial de la materia” tiene como objetivo definir el contenido y alcance de los términos “funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos” a la luz de la normativa especial, y no el determinar el alcance del impedimento.

No obstante, ni la Ley ni su Reglamento, contienen una definición de “funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos”, debido a que no es materia de su ámbito de aplicación, sino de otras normas del ordenamiento jurídico nacional. Por ese motivo, el literal d) del artículo 10º de la Ley apropiadamente remite a la ley especial de la materia a efectos de determinar el alcance y contenido de dichos conceptos.

Una de esas normas especiales de la materia es la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en la que se identifican hasta cuatro tipos de personal del empleo público, a saber:

a. “Funcionario público

Es la persona que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o Entidades públicas.

El funcionario público puede ser:

- ✓ *De elección popular directa y universal o confianza política originaria.*
- ✓ *De nombramiento y remoción regulados.*
- ✓ *De libre nombramiento y remoción.*

b. Empleado de confianza

El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada Entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada Entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

c. Servidor público

Se clasifica en:

– **Directivo superior**

Es el que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.

A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas. Su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la Entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.

Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la Entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.

– **Ejecutivo**

Es el que desarrolla funciones administrativas: ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

– **Especialista**

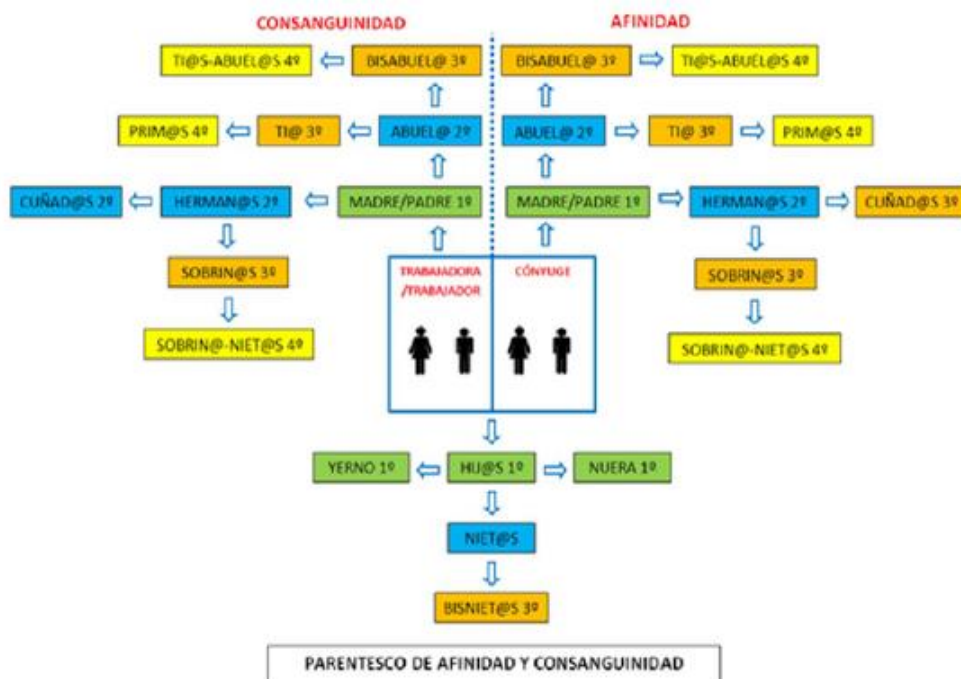
Es el que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.

– **De apoyo**

Es el que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional. Todas las personas que brindan servicios en una Entidad, no solo los que están a cargo de una unidad orgánica o tienen directa relación con una determinada contratación, están impedidas de participar en los procesos que convoca y contratar con dicha Entidad”.

Finalmente, cabe precisar que, a diferencia de los funcionarios señalados anteriormente, a los indicados en el inciso d) del artículo 10º de la Ley no les alcanza la prohibición una vez que hayan dejado el respectivo cargo; por lo que el impedimento opera solo mientras estén ejerciendo su cargo.

Como se ha desarrollado, este impedimento relacionado con los impedidos a contratar con restricción a nivel nacional es por un período superior al año en todos los supuestos, pero luego viene el razonamiento respecto del impedimento relacionado con el cónyuge, conviviente, parientes hasta el segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad de los impedidos descritos.



El objetivo de este gráfico⁶⁸ es mostrar gráficamente como es que un gran número de personas relacionadas con el trabajador o trabajadora impedido es que se ven afectados por el impedimento, muchas veces sin tener conocimiento cierto que existe el mismo.

6. Efectos del incumplimiento de la prohibición de contratar con el estado cuando están impedidos de hacerlo

La Ley, establece en su artículo 10 el listado taxativo de aquellas personas que se encuentran impedidas para contratar con el Estado. Sin embargo, los efectos de la inobservancia de esta disposición con carácter imperativo se encuentran dispersos en todo el cuerpo normativo de la Ley y su Reglamento.

⁶⁸ Gráfico tomado de <http://ccoalcoasanciprian.blogspot.com/2013/10/grados-de-consanguinidad-y-afinidad.html>, 25/04/2015, 04.43 pm

Siendo así, y con la finalidad de esbozar cuales son las consecuencias jurídicas de ignorar esta prohibición expresa de no contratar con el Estado, se esbozará una explicación de cómo se afectan los derechos de aquellos que se encuentran inmersos en alguna de las causales previstas por el artículo 10.

La transgresión de estas prohibiciones, tiene los siguientes efectos:

1.1. Cuando el impedimento afecta la participación de un proveedor en un proceso de selección y, por tanto, la presentación de sus propuestas, el efecto es que tales propuestas se tienen por no presentadas, debiendo excluirse del proceso a estos proveedores.

Es así que a pesar de ignorar el mandato expreso de no hacer algo, si el participante impedido llegara a presentar sus propuestas, el efecto sería tener por no presentada su propuesta; es decir, ni siquiera entraría a la etapa de calificación de propuestas. Además, de ser denunciado ante el Tribunal de Contrataciones del Estado por presentar documentación falsa y/o inexacta, lo cual conlleva una sanción administrativa de mínima de 12 meses.

La sanción tendría origen en la declaración jurada simple de no tener impedimento para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 10° de la Ley.

6.1 La omisión del impedimento acarrea la nulidad del contrato⁶⁹

La nulidad aparece regulada en el artículo 56° de la Ley, el cual indica que después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10° de la presente norma.
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.

⁶⁹ Según lo dispuesto por el artículo 56° de la Ley.

La nulidad a la que refiere este artículo es aquella que es declarada en mérito a la:

“potestad anulatoria como expresión de la auto tutela de la Administración Pública orientada a asegurar que el interés colectivo permanente se respete y no afecte el orden jurídico [...] implica en verdad una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo⁷⁰”.

La nulidad de oficio la declara el funcionario jerárquico superior a aquel que expidió el acto que se invalida, siempre que los actos administrativos afectos hayan quedado firmes y agraven el interés público.

Es así que, la propia Ley indica que cuando se contrate con el Estado estando impedido para hacerlo, ese contrato debe ser declarado nulo por la administración pública, sin que exista la posibilidad de convalidar el acto administrativo. Asimismo, aquella persona que está inmersa en la causal prevista en el artículo 10º de la Ley, y contrata con el Estado es denunciado ante el Tribunal a fin que este aplique la sanción administrativa correspondiente, la misma que puede oscilar entre uno (01) y (03) años de inhabilitación para contratar con el Estado⁷¹.

En relación a ello, debe señalarse que a efectos de que se configure la causal de aplicación de sanción, se requiere necesariamente, como requisito *sine qua non* que se haya suscrito un contrato entre la Entidad y el proveedor (que está siendo sujeto del procedimiento administrativo sancionador), no resultando sancionable la participación del proveedor en el proceso de selección estando impedido para ello, en estricta observancia del *Principio de Tipicidad* previsto en el artículo 230 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuya virtud 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 por analogía⁷².

Esta regulación se completa con el artículo 144 del Reglamento, el cual dispone que son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas en el

⁷⁰ Moron Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2011, p. 578

⁷¹ Ley Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas 51.1 Infracciones: “Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que: [...] d) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente norma. [...] Los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los literales a), b), c), d), e), f), h), i), j) y k) del numeral 51.1 del presente artículo 51º, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años”.

⁷² En líneas anteriores hemos desarrollado en forma amplia los supuestos de prohibición de aplicación por analogía a ciertos supuestos.

artículo 56 de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los 15 días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.

En el caso de contratos celebrados con proveedores impedidos de hacerlo, genera la responsabilidad⁷³ de los funcionarios y servidores que tuvieron participación en dicho trámite, la que se establecerá siguiendo el procedimiento de determinación de responsabilidades que corresponda.



⁷³ No solo puede circunscribirse a la responsabilidad administrativa, sino puede alcanzar la civil y penal, si se causó perjuicio económico a la Entidad o se cometió un ilícito tipificado en el Código Penal.

TERCERA SECCIÓN

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE CONTRATACIÓN PÚBLICA AFECTADOS Y FAVORECIDOS

1. Principios Y Derechos Constitucionales Involucrados En El Artículo 76 De La Constitución Política Del Perú

Tal como lo hemos manifestado al analizar el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, nuestra Carta Magna consagra una “regla general” que consiste en efectuar procedimientos licitatorios a fin de garantizar el respeto a principios, tales como, el trato justo e igualitario y la libre competencia, entre otros.

Principio de Libre competencia

Este Principio se encuentra consagrado en el artículo 61° de la Constitución Política del Perú, el cual establece lo siguiente:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios [...]”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional⁷⁴ ha definido a la libre competencia como “la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie de un número indeterminado de agentes económicos”. A su vez, el máximo intérprete constitucional⁷⁵ ha establecido que:

“el artículo 61 de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no solo la participación de los agentes del mercado ofertantes, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios”.

⁷⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 0018-2003-AI del 26 de abril de 2004.

⁷⁵ Sentencia recaída en el Expediente N° 0034-2004-AI del 15 de febrero de 2005.

En suma, esta libertad de “competir” posee un status de derecho constitucional que es facilitada por el propio Estado; es decir, se propone la eliminación de trabas o condiciones adversas que impidan la intervención en similares condiciones en el mercado, suprimiendo los obstáculos que impidan una competencia en igualdad de condiciones a los participantes. Esto como es claro, tiene relación con el objeto de nuestra investigación, pues el Estado está obligado a satisfacer este principio constitucional y el contenido de éste, buscando eliminar las restricciones irracionales impuestas a los individuos para acceder al mercado; lo que implica garantizarle a los ciudadanos el desarrollar su potencial comercial mediante la libre contratación, sin más restricciones que el “interés público”. Esto, como queda claro, también se vincula con las libertades de los ciudadanos al trabajo y a la iniciativa privada, conformando este principio, la libertad de trabajo y la libertad de contratación, parte de nuestro modelo económico.

Bien ha indicado el Tribunal Constitucional al respecto, que:

“2.1. Como es sabido, las libertades de trabajo y de contratación, y la libre competencia, son libertades fundamentales que caracterizan el modelo económico que consagra la Constitución Política vigente. Como consecuencia, ante cualquier acto proveniente de la administración o de un particular que amenace, interfiera el goce o, peor aún, implique la supresión del ejercicio de tales derechos, estará habilitada a la jurisdicción constitucional para su respectiva evaluación (...).⁷⁶”

En ese sentido, este principio debe llevarnos a verificar si restricciones a los derechos de contratación, acceso al mercado y de libertad laboral, se encuentran correctamente aplicadas y establecidas.

Principio de Iniciativa Privada

Este Principio se encuentra consagrado en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, el cual establece lo siguiente: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...)”.

⁷⁶ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.° 01769-2012-AA/TC-Junin del 6 de marzo de 2013. Fundamento 2.1.

El Tribunal Constitucional⁷⁷ ha establecido que la Libre Iniciativa Privada es un:

“principio que informa a la totalidad del modelo económico (...) y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2 del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”.

No obstante, Gutierrez Camacho,⁷⁸ al tratar el tema de los “Principios que orientan el ordenamiento jurídico económico” sostiene que tienen el propósito de proteger la dignidad de las personas en el terreno económico, respetando la iniciativa de los particulares e implicando la existencia de un Estado fuerte, con claridad respecto de su rol regulador; es decir, un Estado que no compita con los particulares en la actuación empresarial sino que colabore con ellos pero siempre atento a los excesos que pudieran generarse en una economía de mercado, donde se respeta la iniciativa privada pero no se abandona a las fuerzas del libre mercado. Este principio presenta contornos más claros cuando se entiende que su objeto (la iniciativa privada) debe salvaguardarse de la iniciativa pública, el cual por decisión política ha sido relegado en nuestro modelo económico. En ese sentido, se entiende que el Estado solo subsidiariamente⁷⁹ podrá ingresar a realizar actividades económicas, siendo el individuo y el privado el que desarrollará el mismo de forma principal. Y de esto se colige que el Estado no puede interferir indirectamente en la iniciativa privada, por ejemplo, creando obstáculos para que los mismos desarrollen actividades económicas,

⁷⁷ Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI del 26 de noviembre de 2003.

⁷⁸ Material de Maestría de Derecho de Empresa- PUCP.

⁷⁹ Huapaya indica al respecto: “Por ende, es necesario recurrir a los principios, especialmente a la idea de la subsidiariedad. Yo entiendo que este principio se encuentra presente, en su faceta de subsidiariedad regulatoria en el artículo 58° de la Constitución, cuando delimita el principio de iniciativa privada como libertad y derecho fundamental oponible al Estado, mientras que éste puede intervenir en ciertos mercados con un rol correctivo o función reguladora, al tenor del artículo 58° segundo párrafo de la Constitución. De otro lado, está el artículo 60° de la Constitución, el cual existe como una subsidiariedad empresarial, de un lado, restringiendo esta actividad, prohibiéndola como regla general, y de otro lado, autorizándola a título de excepción, siempre y cuando se acrediten tres requisitos: a) Ley del Congreso, b) existencia de una situación de insuficiencia o inexistencia de iniciativa privada en la provisión de bienes o servicios que justifique la intervención subsidiaria del Estado, y, c) alto interés público y manifiesta conveniencia nacional.” Véase: HUAPAYA, Ramón "Propuesta de Interpretación del Principio de Subsidiariedad en la Constitución" En: Sociedad Libre N° 27. 2012. Disponible en: http://www3.upc.edu.pe/sociedadlibre/Det_Bol1.asp?CON=8946&BOL=18&EJE=777&SEC=Opi ni%F3n.

ahí donde lo pueden realizar. Esto es explicado por Ochoa recordando a Ariño, en los siguientes términos:

“De la lectura del texto del artículo 113° se desprende la intención del constituyente por establecer condicionamiento a la iniciativa pública en concordancia con el artículo 115° que consagra el ejercicio de la libre iniciativa privada en una economía social de mercado. Ariño describe a la economía de mercado como: " un modelo de orden económico según el cual el protagonismo de la acción económica corresponde a la sociedad, a la iniciativa privada, y no al Estado; éste no actúa más que en aquellos casos o en aquellas circunstancias en las que la iniciativa privada no puede hacerlo o no lo hace con la extensión y alcance que la sociedad necesita.⁸⁰”

Sin embargo, ningún derecho es absoluto. En ese mismo sentido, el precitado Tribunal⁸¹ ha establecido que:

“si bien es cierto, los individuos y las empresas gozan de un ámbito de libertad para actuar en el mercado –recuérdese que conforme al artículo 58 de la Constitución, la iniciativa privada es libre-, [...] ello no quiere decir que dicha libertad sea absoluta, pues también existe la certeza de que debe existir un Estado que mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora”.

Y, asimismo, que:

“la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como ‘privativo’ de la autodeterminación de los particulares”.

En ese sentido, debe determinarse la validez de cualquier restricción a este principio (y a los derechos de los individuos), pues el principio de iniciativa privada como el de

⁸⁰ OCHOA CARDICH, César "Constitución y Economía de Mercado" En: *Derecho PUCP* N° 39, 1985. p. 236.

⁸¹ Sentencia recaída en el Expediente N° 7320-2005-AA del 23 de febrero de 2006.

libre competencia se encuentran vinculados directamente con los derechos económicos del individuo.⁸²

Principio de Libertad de Contratación

Este principio se encuentra prescrito en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, y establece lo siguiente: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato [...]”.

Gutiérrez Camacho⁸³ sostiene que los conceptos de libertad de contratación y de contrato no pueden estar desligados de la operación económica que entraña toda relación contractual, por lo que al ser el contrato un acto de mercado se trata de una decisión económica; decisión que para ser eficiente ha de ser libre, agregando que la figura que resume la libertad de la persona es la autonomía privada que significa el reconocimiento del individuo para “gobernar” libremente sus relaciones con los demás.

Dicho autor sostiene⁸⁴ que en materia contractual la autonomía privada se expresa en la libertad de contratación, que consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico – económicas con los demás, por lo que la “libertad de contratar” no es otra cosa que la posibilidad de que los particulares decidan libremente sobre su patrimonio, determinando con la misma libertad el contenido de sus convenios y sin mayor peligro que la intervención del Estado, razón por la cual lo querido por las partes debe ser respetado por todos, incluido el Estado, siempre que tal acuerdo no colisione con la ley.

Respecto a los derechos que comprende la libertad de contratación, el referido autor⁸⁵ sostiene que se encuentran:

⁸² Ochoa indica al respecto: “La libertad de empresa (libertad de comercio e industria) comporta, como reconoce unánimemente la doctrina, una regla general de abstención de los poderes públicos en el ámbito empresarial por la sencilla razón de que dichas intervenciones masivas desplazarían fácilmente la iniciativa privada y acabarían, de hecho, con la libre competencia en razón a los superiores medios y las ventajas financieras de que goza la Administración” Véase: OCHOA CARDICH, César *Idem.*,

⁸³ Material de Maestría de Derecho de Empresa- PUCP.

⁸⁴ Material de Maestría de Derecho de empresa de la PUCP.

⁸⁵ Material de Maestría de Derecho de empresa de la PUCP.

a) Libertad de contratar, conocida también como libertad de conclusión y consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y sin finalmente decide contratar, determinar con quién contrata.

b) Libertad contractual, conocida también como libertad de configuración y se refiere a la libertad de determinar el contenido del contrato. Esta se compone a su vez de las siguientes facultades:

- Libertad para decidir el tipo de contrato.
- Libertad para decidir la forma del contrato.
- Libertad para determinar el objeto del contrato.
- Libertad para decidir la jurisdicción que eventualmente resolverá los conflictos generados por la ejecución e interpretación del contrato.

Este principio encuentra su correlación en el derecho a la libre contratación establecido en el numeral 14 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Ahora bien, aunque constituye un principio fundamental de nuestro modelo económico, y el mismo subraya un derecho fundamental de los ciudadanos, está claro que la libertad contractual tiene límites e, incluso, puede ser restringido por el interés general. Bien ha indicado Díez-Picazo que aunque este derecho es fundamental, "(...) *hay que reconocer algún margen al legislador para adoptar medidas legislativas que puedan proscribir determinados tipos contractuales o establecer regímenes imperativos en otros.*"⁸⁶ Es decir, tanto la decisión de, con quién se va a contratar, como, sobre lo que se va a contratar, puede -en ciertos casos- verse limitado a la luz del interés general o la consecución de un interés constitucionalmente relevante.

La cuestión como en los casos previos, será determinar si la técnica legal creada por el legislador para delimitar este principio (que en principio tiene libertad de escoger la forma de restringir un derecho fundamental⁸⁷) es o no constitucionalmente válida.

⁸⁶ DÍEZ PICAZO, Luis "Contrato y Libertad Contractual" En: *THEMIS* N° 49. 2004. p. 13.

⁸⁷ Véase: ABAD YUPANQUI, Samuel "Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar" En: *THEMIS* N° 65. 2014. pp. 7-15.

El derecho al trabajo

La actividad del trabajo esta prescrita en la Constitución Política del Perú de manera reiterada en el artículo 2° inciso 15; en el artículo 22° y en el artículo 59°. No obstante, para efectos del presente estudio, nos abocaremos a la relación existente entre los artículos 2° inciso 15 y el artículo 22°.

El artículo 2° inciso 15, establece que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley. Para el Tribunal Constitucional⁸⁸, dicha libertad:

“se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su 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”.

Por su parte, el artículo 22° de la 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”.

El Tribunal Constitucional⁸⁹ ha establecido que

“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”; y que, “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”.

Como es claro, este derecho puede verse afectado con la restricción de la contratación de los familiares a los que venimos analizando, en ciertos casos, pues potencialmente

⁸⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI del 11 de noviembre de 2003.

⁸⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA del 11 de julio de 2002.

se les limita su posibilidad de ejercer –entre otras cosas- su profesión y actividades económicas con el Estado. Ahora, como ya hemos indicado, todo derecho puede verse restringido, incluso si es uno relevante como el derecho del trabajo. Esta posibilidad ha sido recogida a nivel de protección de los derechos humanos, por el ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Nieto Navia, *“La libertad de trabajo no está directamente regulada en la Convención. Pero sí lo está, en el artículo 16, la de asociación (...)”*.⁹⁰ Y el artículo 16 de la Convención Americana establece lo siguiente:

Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo **puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos**, o para proteger la salud o la moral públicas **o los derechos y libertades de los demás**.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.⁹¹ (Énfasis agregado)

Como se observa, para la restricción de aquel derecho -como la de todo derecho humano- será necesario que el Estado sujete tales restricciones dentro del marco de la ley y que las mismas sean necesarias; es decir, deben tener por finalidad la protección del interés o el orden público en un Estado. En línea jurisprudencial constante, aquel tribunal ha establecido que las restricciones de este derecho deben ser analizadas desde su razonabilidad y proporcionalidad. Buen ejemplo de esto es indicado en la decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia de México, al indicar: *“(l)a libertad de trabajo no es absoluta y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones. El juez constitucional al analizar esas restricciones para determinar si son válidas o no, debe comprobar que éstas satisfagan tres requisitos: a) que sea admisibles constitucionalmente, b) que sean necesarias, y c) que sean proporcionales.”*⁹²

⁹⁰ Opinión Separada del Juez Rafael Nieto Navia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

⁹¹ Artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁹² Véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Abril 2009. p. 507. Este mismo criterio es seguido por la Corte Constitucional de Colombia al indicar: *“Sin perjuicio de que al legislador le corresponda establecer el régimen disciplinario de los abogados y, dentro de él, lo referente a las incompatibilidades, razón le*

Ahora bien, una de las formas de constatar si una restricción es proporcional y razonable, es identificar la finalidad pública o el fin constitucionalmente relevante que justifique la restricción del derecho fundamental. Al respecto, en el marco de las contrataciones del Estado, encontramos una serie de principios que recogen aquella finalidad pública, pues son finalidades que buscan satisfacer las necesidades generales de la sociedad.

Será a la luz de aquellos principios que deberá analizarse las restricciones objeto de esta investigación, razón por el cual pasamos a dar cuenta de cada uno de ellos.

2 Principios aplicables dentro de la contratación pública nacional

Como ya hemos dado cuenta, los principios son una suerte de normas directrices que inspiran el contenido de un cuerpo normativo. Asimismo, pueden ser considerados como el inicio de la interpretación que se realiza de una determinada disposición legal, ya que a través de los principios se marca el camino hacia el objetivo que persigue determinado cuerpo legal.

Los principios pueden dividirse en una suerte de género a especie, es decir, pueden dividirse en principios generales aplicables a todo el marco jurídico y subdividirse en principios específicos aplicables a la contratación administrativa, al derecho público y al derecho privado.

Respecto a los principios género, aplicables al marco jurídico en general, Aníbal Torres precisa que “los principios son ideas, postulados éticos o criterios fundamentales, básicos positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito y consuetudinario”⁹³,

asiste al actor al poner de manifiesto que la facultad de configuración no es absoluta y que, particularmente cuando se imponen restricciones al ejercicio de las profesiones o se impide su desempeño a una persona o grupo de personas, el Congreso ha de observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad.” Ver: Sentencia C-398/11 (Prohibición de Ejercer la Profesión de Abogado para quien esta Privado de la Libertad por una Medida de Aseguramiento) del 18 de mayo de 2011. Punto 5.

⁹³ Torres Vásquez, Aníbal. “Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho”. Lima: Editorial IDEMSA, 2006, p. 484.

plasmándose en una exteriorización positiva de los valores de una sociedad, que deben ser aplicados mediante el accionar de los administrados.

Ahora bien, la contratación pública nacional está regida por principios propios y vinculados a la contratación administrativa, contemplados en la Ley, en la Ley de Procedimiento Administrativo General e incluso, a fin de realizar contrataciones transparentes, deben tenerse en cuenta, ciertos principios contemplados en las normas del Sistema Nacional de Control

Los principios aplicables a la contratación pública nacional tienen preeminencia normativa sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y al ser disposiciones generales tienen una gran capacidad de adecuarse a un sin número de situaciones, a pesar que el propio texto pudiera sufrir modificaciones. Estos principios tienen como función: (i) brindarle, al operador de la norma, los criterios suficientes para interpretar correctamente las normas y ayudar al juzgador a solucionar controversias en el sentido correcto; (ii) servir de fundamento para la elaboración, o modificación, de las normas relacionadas a contratación pública estatal a fin de evitar contradicciones entre ellas; y finalmente (iii) suplir los vacíos de la normativa, teniendo en cuenta que la aplicación de la analogía dentro de la administración pública tiene parámetros de restricción en vista del Principio de Legalidad⁹⁴ aplicable en todos los casos.

Dentro del texto del artículo 4º de la Ley, están los principios que rigen a las contrataciones estatales, si bien todos merecen ser estudiados, solo abordaremos aquellos que tienen relación directa con el tema de la investigación. Por eso, hemos visto por conveniente analizar el principio de desarrollo humano, de moralidad, de libre concurrencia y competencia y de eficiencia:

Principio de Promoción del Desarrollo Humano

La Constitución Política del Estado Peruano precisa en su artículo 1º que, el fin supremo de la sociedad y del Estado es el respeto a la dignidad de la persona humana. En ese sentido, este principio cobra un papel protagónico en todas las actividades que realice el Estado.

⁹⁴ La Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que la administración pública, sólo puede realizar aquello que la norma manda, no más allá, reduciendo así la “competencia discrecional” de los funcionarios y servidores del Estado.

El Principio de Promoción del Desarrollo Humano establece enfáticamente la necesidad de considerar a la contratación pública como un medio para “coadyuvar al desarrollo humano del ciudadano, mejorando sus estándares de vida a fin de alcanzar un nivel adecuado de bienestar económico y social”⁹⁵, aproximándonos a los estándares universalmente aceptados.

Este principio debe ser orientado a un beneficio global comunitario; es decir, el Estado debe orientarse a obtener un mayor número de beneficiarios, ya sea como consecuencia del uso de la obra ejecutada, o a través de la utilidad obtenida como contratista. Este es un principio que debe ser asumido tanto por la Entidad convocante como por el participante, postor y/o contratista.

Principio de Moralidad

Este principio parte de la premisa que todos los actos, llevados a cabo por cualquiera de las partes de la relación contractual administrativa, son realizados dentro de los parámetros de la honradez, la veracidad, la intangibilidad, la justicia y la probidad requeridos por la normativa de la materia. El principio de Moralidad, es un principio que tiene un rol primordial dentro de las contrataciones públicas, específicamente dentro del título del presente trabajo de investigación.

Siendo así, corresponde realizar un análisis más detenido en este principio.

Si bien es cierto que la presunción de veracidad está contemplada como un principio dentro del ámbito de la Ley de Procedimiento Administrativo General, no es menos cierto que existe una estrecha relación entre este y el principio de moralidad. Esto es así, porque la Administración Pública da por cierta aquella declaración o documento presentado por los administrados, *presumiendo* que actúan dentro de los parámetros de honradez, veracidad y escrupulosidad esperados dentro del proceso de contratación, mas no debemos perder de vista que esta no es una presunción absoluta, sino admite prueba en contrario, la cual es ejercida por la Administración Pública en cumplimiento del principio de privilegio de controles posteriores. La falta de buena fe de cualquiera de los contratantes no podría ser sancionada si previamente no se hubiera considerado este principio.

⁹⁵ Guzmán Napurí, Christian. “Un acercamiento a los contratos que rigen la contratación administrativa”. En: *Revista de Derecho Administrativo, Contratación Estatal y Régimen de Concesiones, Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, Mayo 2009, nro. 7, p. 205.

En sí, lo que este principio busca es que los administrados y los funcionarios o servidores públicos se sujeten a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad, caso contrario, se podría generar responsabilidad Administrativa, Civil, Penal, Ética y/o Política dependiendo del rango del funcionario público.

Guzmán Napurí explica que, una mala decisión genera desperdicio de recursos, porque son asignados de manera indebida, pudiendo generarse responsabilidad civil por parte del funcionario de la administración pública, siempre que su acción u omisión, contraria al principio de moralidad, hubiese causado perjuicio económico al Estado⁹⁶. Por tanto, lo que busca este principio es que, al aplicarse el mismo se generen ciertos parámetros dentro de los cuales, la Administración y los Administrados deben moverse, evitando y “esquivando” a la corrupción y el actuar doloso y mal intencionado de las partes de cualquier relación contractual administrativa, sin que ello signifique que el Estado debe presumir que existe un afán de los administrados por defraudarlo.

Pero, lo más trascendente del mismo, estriba en que aquel principio encarna una finalidad protegida constitucionalmente, por lo que se entiende que el Estado se encuentra legitimado a establecer las medidas necesarias para su consecución. Esto, como lo ha indicado de forma expresa la Corte Constitucional de Colombia, implica que:

“(…) la Constitución tiene toda una caja de herramientas normativas de orden superior encaminadas a garantizar el principio de moralidad en la administración pública, tales como la exigencia del cumplimiento e imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, acciones y recursos para exigir el cumplimiento de la Constitución y la ley, así como acciones de repetición y populares, encaminadas todas a garantizar la moralidad administrativa.⁹⁷” (Énfasis y subrayado agregado)

En ese sentido, el régimen por el cual se restringe a ciertos familiares de los funcionarios públicos la contratación con el Estado, puede verse sustentado en la necesidad de hacer efectivo este principio cardinal de las contrataciones públicas. Como explica Guzmán Napurí, este principio le da identidad a nuestro sistema de

⁹⁶ Cf. Guzmán Napurí, *op. cit.*, p. 207.

⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-826/13 (Creación e Implementación de Sistema de Control de Calidad en las Entidades Estatales) del 13 de Noviembre de 2013. Punto 3.3.

contrataciones públicas y “(...) es clave para entender cómo funciona nuestro sistema de contratación administrativa, puesto que permite definir las razones de su sometimiento a tantos controles administrativos.”⁹⁸ En ese sentido, este principio da la posibilidad de justificar la adopción de medidas restrictivas, estando las medidas a las que nos referimos dentro de la categoría de medidas preventivas que buscan evitar generar situaciones que propicien que la moralidad administrativa sea vea comprometida. A decir de Villamizar:

“Trasladar la ética pública al marco jurídico requiere reconocer que el derecho no puede abarcar hasta la parte más mínima de la vida humana, pero aun así, y con el fundamento de que la conducta pública se encuentra dentro del marco de la actuación de un interés general, resulta necesario un perímetro legal que la oriente, por ello se crean leyes éticas, medidas preventivas y represivas que tienen por fin garantizar un comportamiento ético por parte de los servidores públicos, y que se encuentran contenidas en los diferentes ordenamientos jurídicos de manera repetida, clasificadas en tres grupos: el acceso al cargo, durante la actividad (donde se destaca el límite a las facultades discrecionales en los procedimientos de contratación), y al cesar en el ejercicio del cargo; todas ellas bajo el dilema de la eficacia de los procedimientos de control a la ética.”⁹⁹

Y, aunque la legalización de la moral y la ética de la administración pública (y sus medidas concretas) tienen por principal destinatario al servidor público¹⁰⁰, igualmente su consecución también permite que aquellas medidas llegue a los administrados siempre que resulte necesario y razonable.

⁹⁸ GUZMÁN NAPURÍ, Christian "Un Acercamiento a los Principios que Rigen la Contratación Administrativa" En: *Revista de Derecho Administrativo - Círculo de Derecho Administrativo*. N° 9. Año 5. 2009. p. 206.

⁹⁹ VILLAMIZAR SCHILLER, Alexandra "El Derecho Colectivo: Moralidad Administrativa en la Contratación Estatal" En: *Estudios Socio-Jurídicos* Vol. 8 N° 2. 2006. p. 177.

¹⁰⁰ Que se traduce en una serie de obligaciones para la administración y la posibilidad de que el administrado recurra a los fueros pertinentes. Como indica María Castillo: “Para esta corporación es claro entonces, que la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no solo pueda ser reclamada en contra de las autoridades que cumplen una función administrativa —a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)—, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerza función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar pueda llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstinencia, o un actuar positivo por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.” Ver: CASTILLO CASTILLO, María "Principio de la Moralidad Administrativa, Propuesta Jurisprudencial para la Protección contra la Corrupción" En: *Revista Enfoques* Vol. XI, N° 19. 2013. p. 98.

Principio de Libre Concurrencia y Competencia

El Principio de Libre Concurrencia y Competencia, además de haber sido contemplado por la normativa de contrataciones, tiene una investidura constitucional, desde el momento en que, dentro del Capítulo de Principios Generales del Régimen Económico, se precisa que “el Estado facilita y vigila la libre competencia”¹⁰¹; por tanto, el mismo es considerado como un principio neurálgico en el desarrollo de la presente investigación.

Ahora bien, mientras que los principios analizados precedentemente, requerían el cumplimiento estricto por parte de la Administración Pública y de los administrados¹⁰², en el cumplimiento de este principio la principal llamada a aplicarlo es la Administración, sin que por ello se excluya a los administrados y las prácticas colusorias.

La administración pública es la llamada a propiciar la concurrencia de postores de manera amplia, objetiva e imparcial dentro del procedimiento establecido para contratar los bienes, servicios u obras requeridas; es decir, al ser la administración pública quien elabora las bases administrativas de los procesos de selección, debe establecer reglas de juego que permitan y propicien la concurrencia de la mayor cantidad de postores pudiendo obtener así ofertas más beneficiosas respecto a calidad y a precio.

Las Entidades del Estado, a través de los Comités Especiales¹⁰³, deben procurar no solo un actuar positivo, sino, también, deben evitar acciones negativas que los lleven a incluir en las Bases requisitos técnicos mínimos - que son de cumplimiento obligatorio - que a todas luces disminuyen considerablemente la concurrencia de postores¹⁰⁴. Llegando, incluso, a direccionar el proceso de selección a un determinado postor generando barreras de entrada a otros posibles postores. Asimismo, los

¹⁰¹ Constitución Política del Estado de 1993.

¹⁰² En mayor o menor grado uno u otro, se requiere de ambas partes de la relación contractual administrativa para lograr el fin del principio.

¹⁰³ El Comité Especial es el conjunto de personas que se encargan de conducir del proceso de selección desde la elaboración de las Bases hasta el otorgamiento de la buena pro.

¹⁰⁴ En virtud a las constantes limitaciones a la libre concurrencia de postores, es que el CONSUCODE, hoy OSCE, emite la Directiva N° 007-2008-CONSUCODE, donde se hace una enumeración taxativa de aquellos supuestos que las Entidades deben evitar al elaborar las Bases dentro de un Proceso de Selección.

requerimientos técnicos mínimos solicitados por la Entidad son exorbitantes, generan una competencia nula, que trae como consecuencia la declaratoria de desierto del proceso de selección.

La declaratoria de desierto de un proceso de selección se genera cuando el proceso no ha logrado tener participantes que manifiesten su interés a través de su registro como participantes, postores con propuestas válidas, que puedan pasar a la etapa de evaluación, o adjudicatarios que logren firmar el contrato. Los procesos de selección desiertos suelen deberse a barreras de entrada estipuladas en la bases, camufladas como requerimientos técnicos mínimos; a un valor referencial por debajo del precio real mercado para contratar con el Estado, puesto que es conocido y asumido que los costos de transacción elevados que implica este tipo de contratos, se replican en el ofrecimiento de precios superiores a aquellos que son negociados directamente; a un mal estudio de posibilidades que ofrece el mercado, que identificó mayor número de proveedores ofertantes a los realmente existentes; entre otras posibles causas.

La declaratoria de desierto de un proceso de selección es la manifestación de la falta de concurrencia de postores, que puede ser percibida ni bien concluye la etapa de registro de participantes, ya que, hasta ese momento no se ha inscrito ningún participante por no cumplir con lo requerido por la Entidad. También, puede ponerse de manifiesto cuando, a pesar de haberse presentado propuestas, ninguna pasa a la etapa siguiente o simplemente no alcanzan el puntaje suficiente para pasar de la evaluación técnica a la económica.

En resumen, la declaración de desierto de los procesos de selección es el reflejo de unas Bases mal elaboradas o deficientes, dentro de las cuales no se han utilizado criterios objetivos y razonables, generando desperdicio de recursos. También, los procesos declarados desiertos en forma consecutiva pueden traer aparejado el desabastecimiento de la Entidad, lo cual genera responsabilidad administrativa por parte del Comité Especial.

Este es uno de los principios más importantes dentro de la contratación administrativa y debe observarse, prioritariamente, por las Entidades en vista que la pluralidad de postores genera mayor competencia, siendo que la Entidad experimentará, probablemente, un beneficio tanto técnico como económico, generando la contratación de bienes, servicios u obras de mejor calidad al precio más bajo sin sacrificar la

calidad, más aun teniendo en cuenta que el promedio de participación en los procesos de selección es bajísimo, a tal punto que no alcanzan los dos postores por proceso¹⁰⁵.

Este principio está vinculado directamente con los principios de tratamiento justo e igualitario y de eficiencia.

Principio de Eficiencia

Este principio establece que las contrataciones que realicen las Entidades de la Administración Pública deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles.

Debemos reparar que este principio no pide comprar más barato, sino comprar en las mejores condiciones y con el mayor ahorro de recursos, es por ello que, en las Bases Administrativas del proceso de selección debe considerarse, además de los requerimientos técnicos mínimos, factores de evaluación que le permitan a la Entidad obtener mayores beneficios por el mismo precio. Sin embargo, a fin de lograr una mejor posición frente a sus competidores ofrecen bienes o servicios adicionales a fin de obtener la asignación de puntaje adicional sobre su propuesta técnica. Los factores de evaluación son establecidos, previamente, por la Entidad y deben obedecer a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y objetividad.

Así, también, la verificación del cumplimiento de este principio se concretiza cuando ha finalizado el contrato, para el caso de bienes y servicios con la última conformidad de la prestación y el pago, y en la ejecución y consultoría de obras concluye con la liquidación y el pago, salvo que hayan previsto prestaciones accesorias.

Principio de Trato Justo e Igualitario

Este principio se basa en el hecho que todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

¹⁰⁵ Fuente: Subdirección de Estudios Económicos del OSCE, al año 2010.

Debe precisarse que no se puede hacer discriminación entre semejantes, porque ello no está permitido constitucionalmente, pero si es posible hacer diferenciación entre desiguales. A decir de Morón Urbina, “no todo tratamiento jurídico es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede ser considerada ofensiva por sí misma. Por el contrario, existen desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico”.

Como un ejemplo de trato diferenciado podemos nombrar a la otrora vigente bonificación del 20% por elaboración de bienes o prestación de servicios brindados dentro del territorio nacional, o la aún vigente bonificación del 10% por provincia colindante, siempre que la ejecución de la obra o la prestación del servicio se realice fuera de las provincia de Lima o Callao. El fin de ambas bonificaciones – beneficios ha sido y es el generar el desarrollo de un determinado ámbito territorial.

Otro ejemplo interesante, que merece una mención especial es el relacionado con la Micro y Pequeñas Empresas (MYPES), que han merecido una preocupación especial por parte del legislador el que ha visto por conveniente disponer que:

- a) *“No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o para propiciar la participación de las pequeñas y micro empresas en aquellos sectores de la economía donde existe oferta competitiva, previa emisión del Decreto Supremo correspondiente.*
- b) *En los contratos de suministro periódico de bienes o prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con PYMES. Estas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad, a diferencia de las otras empresas que no son consideradas PYMES que deberán otorgar la Carta Fianza o Póliza de Caucción correspondiente, asumiendo los costos que ello implica.*

c) *En caso de empates, también se verán beneficiadas todas aquellas empresas que tengan calidad de MYPES, frente a las que no cumplen los requisitos para ser consideradas como tal*¹⁰⁶.

A manera de ilustración, en Ecuador, existe la posibilidad que empresas extranjeras participen en los procesos destinados a elegir a los proveedores del Estado Ecuatoriano, pero si la empresa extranjera no produce los bienes y/o servicios en su país es muy difícil que pueda hacerse de la buena pro, porque no es sujeta a beneficios¹⁰⁷. Esto obedece a la intención del gobierno del Ecuador de generar el desarrollo de su país, fomentando de esta manera que cada vez más empresas que deseen contratar con el Estado Ecuatoriano inviertan y generen trabajo y como consecuencia de ello un mayor desarrollo.

Tampoco debe confundirse este principio con aquel denominado principio de imparcialidad, puesto que el principio de trato justo e igualitario que no busca generar privilegios a favor de determinados postores, de tal manera que todos ellos puedan participar en igualdad de condiciones¹⁰⁸.

Para concluir con el tratamiento que le daremos a los principios de desarrollo humano, moralidad, libre competencia y concurrencia y trato justo e igualitario, es importante dejar claro que todos los principios mencionados tienen como base el principio de eficiencia, lo cual implica que todo el accionar de la Administración pública debe estar orientada a maximizar los recursos, promoviendo desarrollo y competencia.

¹⁰⁶ Disposiciones establecidas en el cuerpo normativo de la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.

¹⁰⁷ Idea que al parecer es aceptada y reconocida por los países integrantes de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, al haber galardonado con el premio Joseph Françoise Marcello, Liderazgo en Compras Gubernamentales, en la VI Conferencia Anual de Compras Gubernamentales en las Américas realizada en Lima el pasado mes de Octubre de 2010.

¹⁰⁸ Guzmán Napurí, *op. cit.*, p. 214.

CUARTA SECCIÓN

RAZONABILIDAD DE LOS IMPEDIMENTOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 10, LITERAL F) DE LA LEY

Al haber descrito los elementos conceptuales básicos sobre los cuales se efectuará la investigación, ahora analizaremos si resulta adecuado mantener vigente los impedimentos en la capacidad de contratación de los familiares de los funcionarios públicos del poder ejecutivo. Por eso, nos apoyaremos en dos enfoques metodológicos, los que incluyen:

1. Criterios constitucionales aplicables para la restricción legítima de un derecho fundamental

Este punto debe tenerse presente, debido a que el Derecho Constitucional (así como el Derecho Internacional) a lo largo de más de 50 años ha establecido criterios que buscan limitar la arbitrariedad cuando se restringen los derechos fundamentales de los individuos. Como resulta obvio, para ello primero debe reconocerse la relatividad de todo derecho, aun los fundamentales; especialmente, cuando colisionan con otros derechos fundamentales o con objetivos legítimos dentro de un Estado democrático de Derecho. Estos criterios habrán de tenerse presente para determinar si las restricciones que estamos analizando son legítimas, razonables y/o proporcionales.

2. Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho constituye una herramienta útil para determinar la eficiencia o no de las medidas legales; especialmente las establecidas dentro del régimen del Derecho Público¹⁰⁹. Dado que las limitaciones a la capacidad de contratación es el elemento central de nuestro estudio, aplicaremos aquel método a los dispositivos que la contienen así como a sus resultados. Con ello, podremos determinarse su eficacia es real y cuáles son los impactos indirectos que genera.

¹⁰⁹ Para una aproximación introductoria sobre el Análisis Económico del Derecho, véase: Congregado Ramírez de Aguilera, Emilio y Pomares Hernán de H, Ignacio, "Análisis Económico del Derecho: Una Revisión Selectiva de la Literatura Reciente" En: *Derecho y Conocimiento*, vol. 1, 2001. pp. 331-339.

3. Criterios Constitucionales Para La Restricción Legítima De Un Derecho Fundamental

Es un principio básico en la ciencia legal que todo derecho es pasible de restricción. Este principio implica que todos los derechos, aun los fundamentales, no son reconocimientos absolutos en favor de los individuos, por lo que:

“(t)odo derecho tiene sus límites que ... en relación a los derecho fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos [...]”¹¹⁰.

Este ejercicio restrictivo que, en un principio pudiese parecer contradictorio (dada la naturaleza central de algunos de los derechos fundamentales) representa –por el contrario– una relativización propia que los Estados democráticos de Derecho deben efectuar, puesto que las normas, incluyendo las que reconocen derechos fundamentales, se encuentran en constante movimiento y evolución. Y, es debido a ese proceso dinámico que es imposible eliminar la colisión entre los diferentes derechos fundamentales positivizados de los individuos, o de estos con intereses sociales tutelables, requiriéndose así la puesta en práctica de una ponderación¹¹¹. Ahora, para efectuar esta ponderación (que habrá de ser realizada por el máximo intérprete constitucional en cada Estado) deberá tenerse en cuenta la relevancia del derecho más allá de su existencia como protección individual para tener en cuenta el contenido que adquiere el mismo en su faceta social.

Al respecto, como indica Tórtora:

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 2/1982. Citado por Prieto Sanchís, Luis, “La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades” En: *Derechos y Libertades* (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas), vol. 8, 2000, pp. 429-430.

¹¹¹ Existen diversas circunstancias en las que un derecho podrá ser restringido. Ejemplo de ello es cuando se le restringe con el fin de privilegiar un bien constitucional, o para proteger otro derecho fundamental. Uno de los casos más claros de restricción de derechos fundamentales, la podemos observar el formulado en el inciso 2) del artículo 32° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual indica: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

“(r)econocer [...] que los derechos están sujetos a limitaciones no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico. Se trata de un conjunto de atributos, cuyo respeto y protección son una de las claves más importantes para evaluar la verdadera legitimidad de un modelo político y social. Y ello, finalmente, por cuanto son derechos que cuentan no sólo con una naturaleza subjetiva, sino que también con una dimensión objetiva que excede a la mera titularidad radicada en una persona determinada y, especialmente, por su íntima ligazón con la más noble esencia del ser humano, como es su dignidad.”¹¹²

Para efectuar esta ponderación, la ciencia legal ha desarrollado a través del Derecho Constitucional ciertos criterios que los jueces deberán tener en cuenta al dirimir qué bienes, finalidades públicas o derechos (y bajo que circunstancia) habrán de ser privilegiados. Sin la aplicación de estos criterios, el pretender restringir un derecho fundamental pierde toda legitimación, por más que exista la búsqueda de un bien mayor. Como bien ha indicado Robert Alexy:

“[...] una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. Con esto, puede fijarse ya una primera característica: las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son constitucionales.”¹¹³

Con el fin de mantener aquel equilibrio mínimo, el Tribunal Constitucional del Perú (al igual que otros tribunales en el mundo) ha dejado establecido cómo es que el Estado ha de ejercer la ponderación de la restricción de un derecho. En su sentencia de 2005, en el caso Chong Vásquez¹¹⁴ aquel colegiado indicaría que, para determinar la validez de una restricción es necesario que la misma cumpla con los siguientes principios: (i) El Principio de Legalidad; ii) El Principio de Razonabilidad; iii) y el Principio de Proporcionalidad (Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad). A través del Principio de Legalidad, se busca que toda restricción a un derecho fundamental provenga de una ley. Este es un criterio constante del Tribunal Constitucional amparado en lo dispuesto por el literal a) del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución¹¹⁵, así como en lo

¹¹² Tórtora Aravena, Hugo “La Limitación a los Derechos Fundamentales” En: *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, 2010. p. 168.

¹¹³ Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 272.

¹¹⁴ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 2235-2004-AA/TC-LIMA. Grimaldo Saturnino Chong Vásquez.

¹¹⁵ El cual dispone: “24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

dispuesto en instrumentos internacional de derechos humanos del cual el Perú es un Estado parte¹¹⁶.

Por otro lado, a través del Principio de Razonabilidad (según el Tribunal Constitucional nacional):

“[...] se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.¹¹⁷”

Este es un criterio constante del Tribunal Constitucional nacional, amparado en lo dispuesto por el artículo 200° de la Constitución¹¹⁸.

Finalmente, el Principio de Proporcionalidad exige que la restricción de un derecho fundamental cumpla con criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El Principio de Idoneidad exige que la restricción cumpla con el criterio de racionalidad; es decir, debe haber una conexión lógica entre la medida restrictiva y el fin buscado. En palabras del Tribunal Constitucional, el principio analizado requiere “[...] que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél.”¹¹⁹ Por su parte, el criterio de necesidad: “[...] impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita [...]”¹²⁰, mientras que el criterio de proporcionalidad en sentido estricto implica que:

“[...] para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose

¹¹⁶ Ejemplo de ello es lo indicado por el 30° de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

¹¹⁷ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.° 2235-2004-AA/TC-LIMA, *op.cit.*, para. 7.

¹¹⁸ El cual indica, en su sección relevante: “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

¹¹⁹ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.° 2235-2004-AA/TC-LIMA. *Idem.* Para. 7.

¹²⁰ *Idem.*,

dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental [...]”¹²¹.

Cabe preguntarse en este punto lo siguiente: ¿Es el régimen establecido en la Ley de Contrataciones del Estado un régimen restrictivo constitucionalmente válido? ¿Cumple el mismo con los Principios de Legalidad, Razonabilidad y Proporcionalidad?

Veamos esto enseguida. El régimen restrictivo fue incluido en la Ley de Contrataciones del Estado mediante Decreto Legislativo N° 1017. ¿Cumplió ello el Principio de Legalidad? La respuesta no parece ser muy complicada, ya que el Tribunal Constitucional nacional ha establecido en su jurisprudencia que el principio de legalidad, en lo referido a la limitación de derechos fundamentales, no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal; esto es, a la expedida por el Congreso de la República como tal, sino que incluye otras medidas de carácter legislativo o legal¹²². Este criterio, además, armoniza con lo establecido internacionalmente. Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: “(...) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 (de la Convención Americana), como sinónimo de cualquier norma jurídica”; la “[...] expresión leyes [...] no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado [...]”; sin embargo, esto no

“[...] se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad legislativa esté sujeto a controles eficaces [...]”¹²³.

En relación al cumplimiento del Principio de Razonabilidad, cabe preguntarse si el régimen incluido en la disposición que analizamos cumple con preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. ¿Es la lucha contra la corrupción un valor constitucionalmente relevante como para restringir la libertad fundamental de contratación de las personas? Sobre este punto, solo debe mencionarse lo indicado por el Tribunal Constitucional (al analizar la razonabilidad de una restricción similar, como fue la del derecho de libre ejercicio profesional de los ejecutores coactivos), caso en el que el máximo tribunal señaló que el régimen que imposibilita a los ejecutores

¹²¹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia N.° 0050-2004-AI/TC. Fundamento N° 109.

¹²² Al respecto, véase: Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia N.° 0050-2004-AI/TC.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 6/86, para. 26-27.

coactivos realizar trabajos paralelos estaba sostenido sobre el Principio Constitucional de Buena Administración.

Y, si bien no es usual en nuestro medio hacer referencia a este principio, lo cierto es que éste ha venido consolidándose en los últimos años en diferentes jurisdicciones. En ese sentido, vale la pena hacer un paréntesis aquí para entender el contenido de este principio y cómo el mismo restringe legítimamente ciertos derechos.

En primer lugar, cabe indicar que –tal vez el lugar donde mayor desarrollo ha encontrado el Principio Constitucional de Buena Administración– es en Europa gracias a la suscripción del Tratado de Lisboa, por el cual se modificó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹²⁴ al incluir en su artículo 41 la materialización subjetiva¹²⁵ de dicho principio, en los siguientes términos:

“Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.¹²⁶“

¹²⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹²⁵ La materialización subjetiva del principio en mención, es solo una de las manifestaciones del Principio de Buena Administración, el cual fue desarrollado primero (y desde diferentes ángulos) por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como bien indica Viñuales: *“Tradicionalmente la jurisprudencia de la Unión Europea se ha referido a la buena administración como un principio informador (principio general de Derecho). Mucho tiempo antes de la proclamación de la Carta encontramos ya numerosas sentencias en las que aparece la referencia al término «buena administración», no como derecho en sí mismo sino, más bien, como estándar de comportamiento exigido a la Administración en sus relaciones con los Estados miembros, sus organismos y agentes, o con los propios administrados.”* VIÑUALES FERREIRO, Susana "La Constitucionalización del Derecho a una Buena Administración en la Unión Europea: ¿Nuevas Garantías para la Protección de los Derechos en el Procedimiento Administrativo?" *Revista de Derecho de la Unión Europea* N° 27. 2014. p. 325.

¹²⁶

Si bien, como puede observarse en la experiencia Europea este principio está concretizado como un derecho individual de la persona a ser partícipe de la toma de decisión que le pudiese afectar, este principio también presenta elementos públicos generales. Como bien indica Rodríguez Arana “(...) *la determinación de los objetivos de las políticas públicas no puede hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura como un objetivo público de primer orden ya que constituye la esencia de la democracia y, por ello, ocupa un lugar sobresaliente entre los parámetros centrales de la Buena Administración Pública.*”¹²⁷ Y es que, para que esa participación general pueda darse se requiere que el individuo logre enterarse y conocer la información pública que la administración tiene y genera (sea que involucre un proceso que le atañe directamente o a procesos de interés público). Solo de ese modo la administración pública estará efectuando correctamente su labor, pues su existencia no se da para satisfacer los intereses del Estado, ni de las personas individualmente consideradas, sino de la sociedad como colectivo. Ello implica reconocer el elemento público de sus determinaciones y el derecho general a poder conocer sus decisiones (así el procedimiento involucre a un solo individuo).

Además de ello, el principio implica que la administración pública deberá tomar sus decisiones con un mínimo de racionalidad y objetividad, buscando eliminar todo rastro de arbitrariedad. Por tanto, el fin que busca el Principio Constitucional de la Buena Administración es establecer como una obligación del Estado a asegurar que la administración pública tome decisiones con sentido, flexibles y atendiendo estrictamente al fin público, antes que los intereses individuales. Sobre esto, Rodríguez Arana señala, “(p)or tanto, los principios o el **principio de buena administración se derivan del principio de racionalidad y objetividad** de acuerdo con el que debe conducirse la Administración en sus relaciones internas y en sus relaciones con los ciudadanos.”¹²⁸

¹²⁷ Agrega el autor: “Una actuación pública que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se formula solamente como objetivo político, sino que las nuevas políticas públicas reclaman la práctica de la participación como método.” Véase: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime “La Buena Administración como Principio y Como Derecho Fundamental en Europa” En: *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* N° 6. 2013. p. 29.

¹²⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime *Derecho Administrativo Español Tomo I* (Introducción al Derecho Administrativo Constitucional) Edit. Netbiblo La Coruña. 2008. p. 68.

Y su aplicación a las contrataciones del Estado es ejemplificado por el mismo autor, al indicar:

“En esta sentencia se trataba de resolver acerca de un recurso en materia de contratación local en el que existía una cierta igualdad entre los oferentes en lo que se refería a la acreditación de las bases del concurso con excepción del precio. El Tribunal Supremo, amparándose en la doctrina del principio de buena administración imponen una decisión basados en criterios económicos: en igualdad de alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución. No entenderlo así implica una vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.¹²⁹”

En ese sentido, el Principio Constitucional a la Buena Administración comprende una serie de manifestaciones, tanto como derecho individual (ejemplificado por la Carta Fundamental de la Unión Europea), como directrices rectoras constitucionales, como son las obligaciones dirigidas a los funcionarios y entidades de resolver los procedimientos de forma racional, razonable y eficiente; lo cual implica dotar de derechos a los ciudadanos para poder ser parte del procedimiento directamente y, teniendo acceso a los expedientes, sea que le afecten directamente o no, pues solo así puede ser controlado ese imperativo constitucional.

Como resulta igualmente claro, parte de las manifestaciones de aquel principio no encuentra un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento; pues, como todo principio, diferentes aspectos del mismo se encuentran implícitos en sus enunciados. Lo mismo sucede en nuestro sistema el cual, aunque no presenta aquel principio positivizado, si lo presenta implícito en la carta fundamental. Según nuestro máximo tribunal, este principio se encuentra constitucionalizado en el Capítulo IV del Título II de la Constitución, siendo un principio que:

“[...] pone en evidencia no sólo que lo órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues están al servicio de la nación (artículo 39 de la Constitución), sino, además, que dichos servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente. Transparencia que exige que el Estado prevea todos los medios organizacionales, procedimentales y legales destinados a evitar que determinados funcionarios y trabajadores públicos, con poder de decisión o influencia en la toma de decisiones trascendentales para la buena marcha de la administración, puedan encontrarse restringidos en mayor

¹²⁹ *Idem.*, p. 69.

medida que otros servidores públicos en el ejercicio de determinados derechos fundamentales¹³⁰.

En ese sentido, no es difícil ver que –de forma similar al régimen de restricción arriba mencionado– el régimen restrictivo a la libertad de contratar establecido en el artículo 10, literal f) de la Ley se sustenta en la búsqueda de promover un fin constitucionalmente valioso, como es la lucha contra la corrupción y la promoción de la transparencia. Todo ello, reconocido como valor constitucional, por nuestro máximo tribunal en el Principio Constitucional de Buena Administración. Ahora, si bien el Tribunal Constitucional no abunda en detalles respecto al contenido de aquel principio, éste ha tenido oportunidad de utilizarlo más de una vez al analizar casos pendientes frente a sí. Y, especialmente, al dar revisión a la actividad dañina de la corrupción en el funcionamiento del Estado. Por ejemplo, en el caso de la Ley N° 29703¹³¹, norma que modificaba los artículos 384 (Colusión) y 400 (Tráfico de Influencias) del Código Penal nacional, el máximo tribunal recordaría que:

“(…) este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración” (...) A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; (...), tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (...). **A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (...), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado.**”¹³²” (Énfasis agregado)

Como es claro, el máximo tribunal vincula una de las tantas facetas del Principio Constitucional de Buena Administración, a la lucha contra la corrupción; la razón es clara, la corrupción es una de las formas por las que la finalidad pública de los actos de la administración se distorsionan, afectándose no solo las arcas del Estado sino la población general por los servicios y bienes que el Estado dejará de obtener y que son

¹³⁰ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.° 2235-2004-AA/TC-LIMA, para. 10.

¹³¹ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. 00017-2011-PI/TC-Lima del 3 de mayo de 2012.

¹³² *Idem.*, para. 15. También ha sido mencionado este principio en la sentencia del mismo tribunal en otras oportunidades. Véase: Tribunal Constitucional del Perú. 2234-2004-AA/TC-Lima del 18 de febrero de 2005..

necesarios para que preste los servicios básicos a la población. En ese sentido, el máximo tribunal identifica aquel principio como uno implícito en la Constitución; ejercicio que no es privativo de nuestro sistema legal. Aquel principio también ha sido identificado como implícito en la norma básica de República Dominicana, teniendo el Tribunal Constitucional de aquel Estado la oportunidad de indicar que:

“Este derecho se encuentra implícitamente en el texto de nuestra Constitución, específicamente en los artículos 138, 139, y 146, los cuales se han concretizado legalmente en la referida ley orgánica, plasmando de forma más concreta en nuestro ordenamiento este principio constitucional.

Los mandatos precedentemente resumidos configuran el denominado “derecho a la buena administración”, designación que hace taxativamente la Ley núm. 107-13, cuya vigencia ha sido postergada hasta el dos mil quince (2015), pero que debe considerarse, en relación con el asunto de que se trata, como un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas.¹³³”

Y en la misma línea que el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en Perú aquel principio, como bien ha indicado nuestro máximo tribunal, se encuentra constitucionalizado en nuestra norma fundamental. Entre las disposiciones que materializan aquel principio, se encuentran las disposiciones incluidas en el artículo 76 de nuestra carta fundamental, la cual indica que ***“(l)as 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***

¹³³ Tribunal Constitucional de República Dominicana. Puntos. Sentencia TC/0322/14 del 22 de diciembre de 2014. Puntos 11.8-11.9. Entre otras cosas, este máximo tribunal indicaría lo siguiente: “El mandato del artículo 138 de la Carta Magna, que somete la Administración al derecho, disponiendo textualmente lo que sigue: “La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”. Dicho sometimiento es reafirmado por el artículo 139 de la Constitución, al disponer que los tribunales controlen la legalidad de los actos de la Administración, y permitir a la ciudadanía requerir ese control a través de “procedimientos legales”, entre los cuales juega papel estelar la opción inicialmente decidida por la empresa afectada, la acción constitucional de amparo. El artículo 147 de la Constitución ordena que “los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo”. Además, este tribunal constitucional ha opinado sobre los temas precedentemente reseñados, se destacan otros derechos o garantías frente a la Administración derivados de su sometimiento al derecho y del derecho a la buena administración. La “obligación positiva” de la administración no consiste en responder afirmativamente todas las pretensiones que se le dirijan, sino de que se responda y se haga en tiempo prudente, para no afectar garantías y derechos.” Véase: Misma sentencia, Puntos 11.10-11.11.

responsabilidades.¹³⁴ En ese sentido, el tema que nos compete en esta investigación (respecto a la contratación pública y las restricciones a los derechos de ciertos individuos), se encuentra íntimamente ligado al Principio Constitucional de Buena Administración.

Y en ese sentido, consideramos razonable el ejercicio restrictivo de la norma nacional bajo análisis. Aquel requisito implica preguntarnos: ¿El régimen incluido en la disposición que analizamos, cumple con preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso? Creemos que sí, siendo –tal vez- una de las razones más importantes el hecho de que el Principio Constitucional de Buena Administración busca brindarle al ciudadano la garantía de que la decisión de la administración será coherente con sus fines y antecedentes y que por tanto será previsible.¹³⁵ La restricción que analizamos, entonces, busca a través de la limitación de los individuos a los que se les aplica hacer que los procesos de contratación sean previsibles, eliminando el riesgo de distorsión por posibles influencias, debido a la vinculación con funcionarios del Estado. En ese sentido, con el recurso al Principio Constitucional de Buena Administración queda claro que lo que busca protegerse con dicha restricción, no es solo hacer efectivo el derecho que todo individuo tiene a poder contratar con el Estado, sino el correcto funcionamiento de la administración como un todo, sin el cual, la población en general se vería perjudicada. Y aún más, desde esta perspectiva, aquella restricción implica que los organismos del Estado no solo estarán obligados a determinar cuándo aquellas restricciones han sido incumplidas, sino a dotar a la ciudadanía general de las herramientas requeridas para ser parte de los procesos y de su fiscalización. Como bien ha indicado Hermida del Llano (al hablar del Principio Constitucional de Buena Administración):

“El derecho a una buena administración no persigue en absoluto reconducir este derecho a un terreno eminentemente liberal como clásico derecho frente al poder, sino —insistimos— enfocarlo como un derecho que se ejerce frente y ante la Administración en el contexto del Estado social y democrático de Derecho, esto es, tanto frente a la Administración de forma directa como, indirectamente, ante ella mediante las ideas de acción positiva y obligación

¹³⁴ Artículo 76 de la Constitución Política del Perú.

¹³⁵ Rodríguez Arana, al respecto, indica: “El principio de interdicción de la arbitrariedad, con reflejo constitucional en el artículo 9.3 de la Constitución, ofrece una perspectiva en positivo que es el principio de racionalidad o el principio de objetividad, principios que tienen en el campo del Derecho Administrativo una trascendencia indudable. Corolario de estos principios es el de confianza legítima en la medida en que la actuación de la Administración ha de ser coherente con los precedentes y también con las expectativas que genera de acuerdo con los principios de certeza, previsibilidad y seguridad jurídica.” RODRÍGUEZ ARANA, Jaime “El Principio General del Derecho de Confianza Legítima” En: *Ciencia Jurídica* Año 1. N° 4. p. 65.

positiva. No olvidemos que en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, la Administración se determina, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional español en la sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales.¹³⁶

Finalmente, respecto al cumplimiento del Principio de Proporcionalidad, uno puede verse tentado a concluir que este régimen cumple con el criterio de idoneidad, en tanto que a través del mismo se logra (aunque sea teórica y marginalmente) desincentivar o eliminar la posibilidad de contrataciones inviables con el Estado. No obstante, veremos que esto no es del todo cierto. Sobre esto, el incumplimiento del criterio de necesidad de la misma provisión es más claro. Al respecto, el criterio de necesidad exige que, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, se escoja aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Nos preguntamos: ¿Qué opciones se tuvieron en cuenta antes de establecer el régimen restrictivo que venimos estudiando? ¿Se tuvieron en cuenta opciones de las cuales la restricción absoluta del artículo 10, literal f) fue la mejor solución?

Esta pregunta fundamental, lamentablemente no tiene respuesta. Sin embargo, debemos dejar en claro que existe una clara interdependencia entre el criterio de idoneidad y el criterio de necesidad. Y es que, solo una medida idónea puede llegar a ser necesaria, mientras que una medida no idónea (o menos idónea que otra) nunca podrá llegar a ser necesaria (o más necesaria que otra). Y es que, una medida no conducente (o poco conducente) a lograr la finalidad constitucional buscada no debe prevalecer sobre otras que lo puede realizar de mejor manera y de forma menos gravosa al ciudadano (criterio de proporcional en sentido estricto).

Entonces, desde esta perspectiva, resulta claro que lo más importante es determinar cuán idóneo es el sistema restrictivo de libertad de contratación establecido en el artículo 10, literal f) de la Ley, más allá de suposiciones generales y teniendo en cuenta la finalidad pública que se busca. Y es que, si reducimos nuestro análisis a una revisión puramente formal sobre el sistema actual, sería fácil señalar que éste cumple con ser idóneo. Sin embargo; ¿Los números y la realidad apoyan esta conclusión? ¿Es el sistema existente un mecanismo que realmente puede lograr el objetivo perseguido?

¹³⁶ HERMIDA DEL LLANO, Cristina "La Configuración del Derecho a una Buena Administración como Nuevo Derecho Frente al Poder" En: *Pensamiento Constitucional* Vol. XVI. N° 16. p. 164.

Una pregunta como la formulada, centrada en la idoneidad de una medida (y por tanto en su necesidad) requiere que nos apoyemos en una perspectiva metodológica diferente al puro dogmatismo legal. En ese sentido, proponemos analizar la idoneidad del sistema y, su necesidad, mediante la aplicación del Análisis Económico del Derecho. Esta perspectiva nos permitirá determinar la eficiencia del sistema y, por tanto, determinar cuán capaz es de lograr el fin buscado. Con ese fin, en las líneas que siguen, explicaremos lo que implica utilizar el Análisis Económico del Derecho como metodología analítica.

4. Análisis Económico Del Derecho Como Metodología Analítica

Kaplow y Shavell explican que el Análisis Económico del Derecho tiene por finalidad responder dos preguntas fundamentales sobre el Derecho; a decir: ¿Cuáles son los efectos de las reglas legales en el comportamiento de los actores relevantes? y, ¿Son estos efectos deseables socialmente?¹³⁷ Siendo esta la finalidad de aquel enfoque, no es difícil percibir la importancia para el tema que nos congrega en este estudio.

Y es que, mediante la aplicación de esta perspectiva, la ponderación de las restricciones a la libertad de contratar ya no deberá ser efectuado solo desde un punto de vista formal, es decir, centrado en determinar si la restricción es constitucionalmente adecuada y equilibrada en abstracto, sino que –por el contrario– nos alienta a tener en cuenta los efectos de aquellas disposiciones en la realidad social. Con esta perspectiva singular, algunas preguntas surgen:

¿Son aquellas disposiciones adecuadas desde el punto de vista de sus efectos? ¿Qué efectos ha logrado desde su implementación? ¿Es cierto que parte de sus efectos resultan más gravosos para la sociedad que el potencial riesgo de contrataciones donde podrían ocurrir actos de corrupción? Las preguntas que surgen son cuestionamientos de corte economicista, y tal y como indica uno de los mayores académicos del Análisis Económico del Derecho, esta perspectiva que intentamos aplicar nos ayudará a explicar y predecir el comportamiento de las personas reguladas por medio de productos normativos; además, tendrá por finalidad mejorar aquellas

¹³⁷ Cf. Kaplow, Louis y Shavell Steven, "Economic Analysis of Law" Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 1999. p. 1665.

leyes al poner en evidencia aspectos en las que aquellas puedan tener consecuencias indeseables¹³⁸.

Para lograr esto, el Análisis Económico del Derecho parte de la presunción de que las personas, objeto de las regulaciones, son seres –más o menos– racionales¹³⁹. Por ende, las personas se encuentran motivadas a obtener el mayor beneficio posible en sus relaciones y en su vida en general. Entonces, al formularse y redactarse una norma (que tendrá un impacto en las personas, al establecer una consecuencia legal positiva o negativa) debe tenerse en cuenta que aquella influenciará en sus tomas de decisiones, siempre teniendo presente que al ser racionales buscarán su mayor provecho y beneficio (sea económico o no económico)¹⁴⁰.

Siguiendo esta perspectiva, un sistema restrictivo de derechos poco meditado generará deficiencias. En esos casos, los problemas que surgen se deberán a que las normas emitidas (por el Ejecutivo o el Legislativo) no logran motivar a las personas en la dirección del interés público perseguido. Por el contrario, muchas veces, el incentivo será negativo o incluso contraproducente a la finalidad buscada. Ejemplo de esto lo indica Bullard, al recordar el caso del proyecto de ley presentado por la entonces congresista Susy Días. De este modo, lo comenta dicho autor:

“Hace unos años, la entonces congresista Susy Díaz planteó un proyecto de Ley para sancionar a los violadores de menores con cadena perpetua. El proyecto recogió las simpatías de la población. Finalmente, la violación de menores es un delito tan grave que parecería haber consenso para que sea sancionado ejemplarmente. Como dijimos, la propensión a cometer un delito baja si el "precio" a pagar (sanción) sube. En esa línea, la propuesta de Susy Díaz parece lógica para desincentivar ese tipo de delito. Sin embargo, el análisis debe ser integral, para contemplar todos los incentivos que afectan la conducta del potencial delincuente. El costo de delinquir se reduce con menor capacidad de detección. (...) El segundo factor (...) es cómo desarrolla su conducta el delincuente. Si va a cometer un homicidio, lo llevará a cabo en circunstancias en que no haya testigos y tratará de desaparecer todas las evidencias que apunten a su culpabilidad. En el caso de un violador de menores, además de cometer el delito fuera de la vista de terceros que puedan ser testigos, la víctima por definición será siempre un testigo. Si ese testigo no existiera las posibilidades de detección caerían dramáticamente. Una forma de que el testigo no exista

¹³⁸ Cf. Posner, Richard, “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law” En: John M. Olin Law & Economics – Working Paper N° 53 (2d Series), p. 2. Disponible en: http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Sobre el fundamento que motiva la utilidad del Análisis Económico del Derecho en la ciencia legal, véase: Hsiung, Bingtuan “Economic Analysis of Law: An Inquiry of its Underlying Logic” En: *Erasmus Law and Economics Review*, N° 2, Marzo 2006, p. 12 y ss.

sería matándolo luego de cometido el delito. Por ello, si se hubiera aceptado la propuesta de Susy Díaz, el homicidio no tendría sanción adicional si se me condena a cadena perpetua, no es posible imponerme en los hechos una segunda cadena perpetua no se puede aumentar la sanción. Por el contrario, matar a la víctima reduce la posibilidad de detección. El resultado es que matar a la víctima es un excelente negocio para el delincuente, porque le genera el beneficio de reducción de la posibilidad de detección y ningún costo adicional desde el punto de vista legal, pues no se puede incrementar la pena.¹⁴¹

La adopción de una metodología económica es claramente útil para nuestra investigación. Como bien indica Bullard, cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de la conducta humana, que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar "consecuencias jurídicas", se descubre de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta¹⁴².

Ahora, debe tenerse en cuenta que esta metodología está lejos de ser una aproximación excéntrica a la problemática legal general e incluso a la realidad legal nacional. Por ejemplo, podemos encontrar la incorporación del Análisis Económico del Derecho en la realidad normativa nacional en normas que regulan la gestión pública. Esto es, especialmente, evidente en normas sancionadoras o punitivas que buscan modificar el actuar de los administrados. Por ejemplo, podemos encontrar disposiciones inspiradas en el Análisis Económico del Derecho en la Resolución del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 272-2012-OS-CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN¹⁴³; el cual en su artículo 11.1 dispone la finalidad de las sanciones incluidas. La norma indica:

Artículo 11. Objetivos de la Sanción

La sanción tiene como objetivos:

Artículo 11.1. Regular de manera eficaz la conducta de los administrados, a fin de que cumplan a cabalidad con las disposiciones que le sean aplicables y, en especial, prevenga conductas que atenten contra la seguridad e integridad de las personas e instalaciones objeto

¹⁴¹ Cf. Bullard, Alfredo "Esquizofrenia Jurídica. El Impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú" En: *Themis* N° 44. p. 22.

¹⁴² *Ibid.*, p. 21.

¹⁴³ Resolución del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 272-2012-OS-CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN.

de supervisión, así como contra la calidad de los servicios regulados y actividades supervisadas.

Y agrega, en el artículo 11.2:

Prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones infringidas o asumir la sanción correspondiente. La sanción debe tener un efecto disuasivo indispensable para evitar que la conducta antijurídica se repita.

Como resulta claro, disposiciones como las transcritas buscan lograr los fines típicamente buscados por el Análisis Económico del Derecho; como es desincentivar la comisión de ciertas acciones, lo cual no se diluye en la aplicación mecánica de sanciones, sino en la posibilidad de que las sanciones establecidas legalmente tengan el impacto necesario para que la acción que trata de disuadirse, deje de ser cometida en la realidad. Ahora, el Análisis Económico del Derecho no solo se encuentra incorporado en los lineamientos relacionados a cómo aplicar sanciones (criterios dentro de un procedimiento sancionador), sino en la misma formulación de sanciones en abstracto¹⁴⁴ y en toda una serie de normas administrativas.

5. Análisis Económico Del Derecho Aplicado A La Restricción De La Libertad De Contratación Con El Estado

La aplicación del Análisis Económico del Derecho en la presente investigación, implicará lo siguiente:

- a) Analizar la “razonabilidad en abstracto” de la limitación a la libertad de contratación de los familiares de funcionarios públicos teniendo en cuenta el fin perseguido por las normas que han establecido la limitación. Para ello, debe determinarse qué es lo que el sistema busca lograr, y una vez identificado el objetivo de la restricción, determinar si resulta económicamente razonable y/o proporcional.

¹⁴⁴ Ejemplo de esto son los estudios efectuados a las sanciones aplicables por infracción de las normas de protección del medio ambiente, elaborado por el OSINERGMIN. Véase: OSINERGMIN. Sistemas de Sanciones por Daños Ambientales para la Fiscalización de la Industria de Hidrocarburos en el Perú. Documento de Trabajo N° 20. (Arturo Vásquez Cordano). Lima, Mayo 2006. Disponible en: http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/DT20_OSINERG.pdf.

- b) Analizar la idoneidad y funcionamiento del sistema; es decir, la eficiencia del sistema como mecanismo implementado y en funcionamiento. El Análisis Económico del Derecho nos dará la oportunidad de determinar si la restricción impuesta al derecho de contratación de ciertos familiares de funcionarios públicos, ha coadyuvado a la realización de los objetivos que el sistema busca lograr en teoría (a).

En relación a este segundo punto, será necesario tener en cuenta el mecanismo que hace que el sistema funcione en la realidad; es decir, aquello que permite la detección y sanción de las infracciones del sistema. Para ello, es preciso recordar que esto se logra a través del Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, el cual, de acuerdo al artículo 63, literal a) de la Ley¹⁴⁵, debe resolver las controversias que surjan entre las entidades, los participantes y los postores en un proceso de selección; controversias que se producen –entre otras razones– cuando la institución detecta que proveedores y/o participantes han contratado con el Estado a pesar de encontrarse impedidos, siendo sancionable según la ley de la materia¹⁴⁶.

Para la determinación de la eficiencia del sistema, habremos de revisar las estadísticas de sanciones y de detección de los incumplimientos del artículo 10, literal f) de la Ley.

6. Análisis De La Razonabilidad En Abstracto De La Existencia De Ciertas Limitaciones A Contratar

¿Resulta razonable el sistema, tal y como está formulado actualmente? ¿Es razonable un sistema como el descrito si se tiene en cuenta el costo de la restricción impuesta? Para determinar esto, debemos entender qué es lo que busca la restricción establecida en el artículo 10, literal f) de la Ley.

Al respecto, no es difícil de percibir que la restricción tiene por finalidad disminuir y evitar posibles actos de corrupción (sean estos por la comisión de actos de nepotismo,

¹⁴⁵ Artículo 63, literal a) de la Ley de Contrataciones del Estado. Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017.

¹⁴⁶ Según indica el artículo 51.1. de la Ley de Contrataciones del Estado, “se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y contratistas que: (...) d) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente ley.” Y agrega la norma en su artículo 51.2. que el Tribunal de Contrataciones del Estado 51.2. podrá imponer sanciones en los casos que la presente ley o su reglamento lo señalen, lo que incluye inhabilitaciones temporales, definitivas o sanciones económicas.

conflicto de intereses, concertación u otros)¹⁴⁷; es decir, el sistema tiene por finalidad prevenir la comisión de actos que pudieran impactar negativamente (impactos económicos y sociales) en los procesos de licitaciones del Estado.

Ante esto, podría señalarse que los actos de contratación prohibida por el artículo 10, literal f) de la Ley, no son intrínsecamente actos de corrupción. Si bien esto es así, debe recordarse que, aun cuando no todo acto de contratación entre el Estado y un pariente de algún funcionario público, representa inmediatamente un acto de agravio económico para el Estado, lo cierto es que los incentivos para que esto suceda son altos. En ese sentido, si bien aquel tipo de contratación no es por sí mismo un acto de corrupción¹⁴⁸, lo cierto es que permitir su existencia genera incentivos altos para la ocurrencia de los mismos¹⁴⁹.

¹⁴⁷ La finalidad del artículo 10 de la Ley, así como de todo el sistema de contrataciones del Estado, se vinculado entre otros puntos a la lucha contra la corrupción. Por ello, esto está presente a lo largo del Plan Estratégico de Constataciones Públicas del Estado Peruano del año 2009, denominado “Un Sistema de Contrataciones Públicas Eficiente, Libre de Corrupción y Promotor del Desarrollo”. En el documento mencionado, se indica expresamente: “La primera fase, de preparación técnica, implicará establecer parámetros sobre los tipos de bienes y servicios que conviene adquirir al Estado, definiendo criterios de estandarización y guías de conjunto. De este modo será posible enfrentar el atomismo de las contrataciones, para maximizar el valor obtenido con el presupuesto público y evitar riesgos de corrupción.” La formulación del plan tiene una clara dirección hacia la lucha contra aquel mal. Véase: OSCE. Plan Estratégico de Constataciones Públicas del Estado Peruano del año 2009 - “Un Sistema de Contrataciones Públicas Eficiente, Libre de Corrupción y Promotor del Desarrollo”, p. 20.

¹⁴⁸ Aún más, lo habitual es circunscribir la corrupción como un acto que involucran a la administración pública en lo fundamental. Sin embargo, la corrupción incluye cada vez más el abuso del poder de la administración pública vinculada a la participación de los privados o terceros. Como Daniel Kaufmann señalara: “(...) el foco en el estudio de la corrupción necesita alejarse de centrarse exclusivamente en el «abuso de la función pública» y reconocer debidamente que la corrupción muchas veces, involucra la colusión entre lo público y lo privado (e, incluso en ocasiones, alcanza la captura por parte de los potentados privados). Más precisamente, la corrupción debería, también, abarcar algunos actos que pueden ser legales en un sentido muy estricto, pero donde las reglas de juego y las normas estatales, las políticas, regulaciones e instituciones pueden, en parte, estar diseñadas como consecuencia de una influencia indebida por parte de intereses creados para su propio beneficio privado (y no para el beneficio de la población en general). Eso puede no ser estrictamente ilegal pero sí falto de ética y extra-legal. Esta influencia indebida de intereses privados sobre el sector estatal puede, o no, involucrar el intercambio de un soborno o, dependiendo de las normas del país, otro acto ilegal.” Véase: Kaufmann, Daniel “Capture and the Financial Crisis: An Elephant forcing a rethink of Corruption?” En: *The Kaufmann Governance Post. Transparency, Corruption and Governance Matters* (Blog de Daniel Kaufmann). Washington D.C. 2008. Citado por: Inés Arias.

¹⁴⁹ Es por ello que ciertos instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, incluyen disposiciones lo suficientemente amplias como para incluir actos similares a los restringidos por el artículo 10, literal f) de la Ley. Ejemplo de esto es la Convención Interamericana contra la Corrupción, la misma que en su artículo III.1 y III.5 (Medidas Preventivas), establecen: “(...) los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. (...) 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y *para la adquisición*

Aún más, tengamos en cuenta que el artículo 2 de la Ley (ley que implementa el sistema de contrataciones del Estado) reconoce como su objetivo principal maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad¹⁵⁰. Como es evidente, sin la restricción que analizamos, existe la posibilidad que los funcionarios de más alto nivel utilicen su posición con el fin de que sus parientes ganen licitaciones con el Estado, aun cuando sus propuestas sean técnica y/o económicamente inferiores a las de terceros, suponiendo un perjuicio económico para el Estado y la ciudadanía.

Teniendo en cuenta lo indicado, podemos percibir el impacto económico que la falta de una limitación como la existente generaría, especialmente cuando observamos continuamente denuncias en los medios de comunicación, en donde parientes (o terceros testaferros) contratan con el Estado por cifras millonarias sin presentar un respaldo técnico, económico o logístico para realizar la obra o servicio por la cual fueron contratados. Finalmente, el costo para el Estado en estas circunstancias es cuantioso¹⁵¹. Por tanto, siendo la finalidad de las restricciones bajo análisis, la

de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas". Cabe indicar que el Perú es Estado parte de la presente Convención desde el año 1997. Véase: Convención Interamericana contra la Corrupción. Suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996. Vigente desde el 6 de marzo de 1997. Otro ejemplo de esto, puede ser observado en la Criminal Law Convention on Corruption de la Unión Europea, el cual dispone en sus artículos 3 y 8 una regulación respecto al *Passive bribery of domestic public officials* y el *Passive bribery in the private sector*. Véase: Criminal Law Convention on Corruption. Strasbourg, 27.I.1999. The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community entered into force on 1 December 2009. As a consequence, as from that date, any reference to the European Community shall be read as the European Union.

¹⁵⁰ Según indica el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado.

¹⁵¹ Tal y como indica Rowland: "Dieter Frisch, ex-Director General de Desarrollo de la Comisión Europea, ha observado que la corrupción aumenta los costos de los bienes y servicios; incrementa la deuda de un país (y ello conlleva los futuros costos recurrentes); conduce al relajamiento de las normas de modo que se adquieren bienes que no alcanzan las normas establecidas o tecnología inapropiada o innecesaria; y puede resultar en la aprobación de proyectos basados en el valor del capital involucrado en los mismos, más que en la mano de obra (lo que es más lucrativo para el que comete la corrupción), pero puede ser menos útil desde el punto de vista del desarrollo. Frisch señala que cuando un país aumenta su endeudamiento para llevar a cabo proyectos que no son económicamente viables, la deuda adicional no sólo incluye un costo extra debido a la corrupción, sino que la inversión se canaliza hacia proyectos improductivos e innecesarios". Al respecto, véase: Rowland, Michel "Visión Contemporánea de la Corrupción" En: *La Hora de la Transparencia en América Latina. El Manual de Anticorrupción en la Función Pública*, Buenos Aires: Granica, 1998, p. 5. Sobre las consecuencias negativas (o positivas de la corrupción) y especialmente respecto a las consecuencias económicas de ésta, véase: Gamero, Julio. "Causas y Consecuencias de la Corrupción: Una Perspectiva Económica Disponible", en: <http://www.revistaprobidad.info/017/005.html>.

conservación del bien común, pareciera ser legítimo y, aún más, eficiente su existencia. En una realidad en donde se elimina normativamente toda posibilidad de contratación de los sujetos de los que dependería la generación de ciertas concertaciones ilegítimas, pareciera que la medida es la más eficiente.

Sin embargo, como veremos a continuación, esto no es tan simple. La creación de una norma no soluciona un problema social complejo. Ejemplo de esto es lo indicado por Michael Bryane, cuando comenta los efectos de la adhesión por parte de ciertos Estados de Europa del Este a convenciones internacionales anti-corrupción. El autor indica que las administraciones públicas de los países que han adoptado las convenciones anti-corrupción han tendido subsecuentemente a estar más afectados por este mal¹⁵². Esta aparente contradicción, es habitual cuando se toma por sentado que la emisión de una norma es suficiente para lograr el objetivo buscado; especialmente, por cuando los impactos de la norma pueden ser nulos, o aún peor, pueden generar efectos contraproducentes al fin buscado (generar incentivos negativos). Teniendo en cuenta esto, y siguiendo el caso europeo, podemos observar que la razón del poco impacto de la adhesión de ciertos Estados a las convenciones anti-corrupción, se produce –entre otras cosas– porque no es posible concluir qué es lo que incentiva a los funcionarios públicos a cometer actos de corrupción, concertación de intereses, nepotismo u otros. Y, sin tener claro qué fomenta la comisión de estos actos, no puede generarse los instrumentos legales que eviten su aparición.

Es esta falta de comprensión del fenómeno de la corrupción lo que ha hecho que, desde el Análisis Económico, ciertos académicos señalen que las variables trascendentes para la lucha de aquel mal no se reducen a un enfoque legal. Por el contrario, existe una serie de variables que deben ser tomadas en cuenta. Como Ata y Arvas han indicado, incluye el tamaño del gobierno, el índice de democracia, la forma como se distribuye la riqueza de un Estado, la libertad económica, la estabilidad política, diversidad etnolingüística, la regulación gubernamental, entre otros¹⁵³. Con

¹⁵² Bryane, Michael, "Issues in Anti-Corruption Law: Drafting Implementing Regulations for Anti-Corruption Conventions in Central Europe and the Former Soviet Union" En: *Journal of Legislation*, vol. 36, Nº 2, 2010, p. 274.

¹⁵³ Ata, Yilmaz y Arvas, Akif "Determinants of Economic Corruption: A Cross-Country Data Analysis" En: *International Journal of Business and Social Science*, vol. 2, Nº 13, 2011, p. 162. Aún más, la determinación de la correlación entre corrupción e impacto económico negativo extremo, aún no ha logrado demostrarse. Bien indica Gómez: "A pesar de que, como podemos imaginar, la corrupción empobrece la economía y perjudica sus posibilidades de desarrollo, no es posible afirmar que existe una relación directa entre los niveles de corrupción, o más

esto, no se trata de relativizar el valor fundamental buscado con la restricción del artículo 10, literal f); lo que sucede es que, si bien la corrupción (u otros actos) son éticamente reprochables y en la mayoría de los casos también manifiestamente ilegales, el análisis económico por sus propios objetivos tiende a adoptar un punto de vista en el que las consideraciones morales o jurídicas de la corrupción no juegan el papel protagonista¹⁵⁴.

Entonces, desde este punto de vista y –dejando de lado la dogmática propia de nuestra disciplina– cabe tener presente lo siguiente:

- a) Ciertos actos de corrupción, de concertación, o de conflicto de intereses, pueden favorecer la asignación óptima de recursos, permitiendo sortear restricciones absurdas, las mismas que pueden ser restricciones impuestas por agentes corruptos que prevén beneficiarse con su existencia y ponen así trabas en los engranajes del sistema económico¹⁵⁵. En ese sentido, la restricción impuesta debe ser coherente y razonable. De lo contrario, en lugar de reducir la comisión de actos de corrupción, lo que hará es fomentar la misma.
- b) La emisión de normas por sí misma no elimina o desincentiva la comisión de actos de concertación, conflicto de intereses o de corrupción. La razón de ello se debe a que, aún hoy, no entendemos todas las variables que hacen que una persona decida cometer dichos actos. Y, sin saber qué elementos se encuentran involucrados en la toma de decisión en la comisión de estos actos, la formulación de una norma legal difícilmente podrá eliminar los incentivos fundamentales que juegan un rol importante en la toma de decisión de la comisión del mismo.

precisamente los niveles de percepción de la corrupción, y los niveles de desarrollo relativo de los distintos países. A modo de ejemplo, aunque ningún país pobre se encuentra entre los diez países mejor clasificados de acuerdo con el índice de percepción de la corrupción (CPI), publicado por transparencia internacional, no deja de sorprender que países con niveles muy dispares de desarrollo, como Japón y España, se encuentren en niveles similares de transparencia (7,1 de acuerdo con los índices del año 2002). O que, de acuerdo con los mismos índices, Botswana (6,4) y Namibia (5,7) tengan índice mejores que muchos países que les superan largamente en niveles de desarrollo relativo como Francia (6,3), Italia (5,2) o Sudáfrica (4,8)". Véase: Gómez, Carlos, "El Análisis Económico de la Corrupción" En: *Quórum; Revista de Pensamiento Iberoamericano*, vol. 5, 2004, p. 1.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Ackerman, Susan R, "Corruption: A Study in Political Economy New York: Academic Press", 1978 y Leff, Nathaniel "Economic Development through Bureaucratic Corruption" En: *American Behavioral Scientist*, vol. 8, Nº 3, 1964, pp. 8-14. Citado por: Canavese, Alfredo "Instituciones, Corrupción y Análisis Económico del Derecho" En: *Económica*, vol. LV, Ene.-Dic., 2009. p. 8.

Así, desde el ámbito legal, lo único que puede efectuarse es un “control hipotético” de la acción a desincentivar. Al no poder captar totalmente lo que incentiva o no la comisión del acto a restringir, las leyes que buscan eliminarla, por naturaleza, solo serán parciales, debiendo analizarse sus efectos (positivos, negativos o neutros) continuamente para concluir si el sistema presenta alguna utilidad.

Esto nos lleva a concluir que el sistema de limitación del derecho de contratación establecido en el artículo 10, literal f) de la Ley, aunque razonable en su existencia, debe ser entendido como provisional; requiriendo una revisión periódica respecto a su funcionamiento. En ese sentido, para poder lograr determinar su razonabilidad, el análisis no debe agotarse en la verificación de que el fin perseguido sea éticamente adecuado, sino que sea efectivo. Entonces debe responderse: ¿Desde que ha sido implementado, se ha podido lograr el objetivo buscado por la Ley? ¿Ha logrado esta restricción desincentivar la contratación entre parientes de funcionarios del poder ejecutivo y el Estado? ¿Si se ha logrado aquel desincentivo, se ha logrado que los actos de contrataciones del Estado sean más transparentes?

Como puede advertirse, esto nos lleva a dejar de analizar la razonabilidad de la restricción existente en abstracto y determinar su razonabilidad a la luz de su funcionamiento (idoneidad).

7. Análisis De La Idoneidad Y Necesidad Del Funcionamiento Del Sistema

Analizar la idoneidad del sistema implica determinar si éste, tal y como se viene implementando, ha logrado obtener los resultados esperados. Para poder determinar esto (tal y como señaláramos previamente) debemos centrarnos en el mecanismo que permite que el sistema pase de uno meramente teórico a uno funcional.

Aquel mecanismo se materializa en la existencia de un marco institucional que vela por el cumplimiento de la restricción establecida en el artículo 10, literal f) de la Ley. Manifestación de ello es la existencia del OSCE y en particular del Tribunal de Contrataciones del Estado, cuyo fin es resolver las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección, aplicando las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda para

cada caso. En ese sentido, al observar las actividades de aquel organismo y su tribunal, podremos formular algunas conclusiones preliminares. De la información que hemos recopilado del tribunal en mención, de los años 2009, 2010 y 2011, podemos concluir:

1. Dentro de aquel período, se sancionaron 28 contratistas por encontrarse impedidos de contratar con el Estado (artículo 10 en general). Sin embargo, no es posible determinar las razones específicas por las que fueron sancionados (es decir, aunque fueron sancionados por contratar a pesar de estar impedidos, no se ha obtenido el detalle respecto al número sancionado por vulnerar la limitación de contratación por parentesco del literal f).
2. Sin perjuicio de ello, es posible poner en contexto aquellos números. Por ejemplo, se puede indicar que existen doce (12) supuestos de impedimentos previstos en artículo 10 de la Ley, y si se tiene en cuenta que bajo aquellos supuestos se han sancionado a 28 contratistas en tres años, entonces se puede decir que se han sancionado aproximadamente nueve (09) contratistas anualmente. Esto implica que existen nueve (09) sancionados anualmente por doce supuestos. Así, en caso se hubiese dado una sanción ideal de uno por cada supuesto del artículo 10, entonces, bajo el literal f) anualmente han sido sancionados uno o ninguno.

Incluso, aun si las nueve (09) sanciones anuales se dieran todas por el incumplimiento del artículo 10, literal f), solo existirían nueve (09) casos al año de ese tipo de contratación ilegal.

Y, si bien esta tendencia pareciera haberse modificado, hasta cierto punto, en los últimos años como lo atestigua la información del OSCE respecto a las sanciones que emitió a junio de 2015 (es decir de enero a junio de 2015), el mismo pareciera ser sólo relativo y a penas notorio. Según información del OSCE, el Tribunal de Contrataciones del Estado emitió 800 resoluciones de sanción. Sin embargo, de aquel número, 345 fueron sanciones producidas por presentar documentos falsos o información inexacta, mientras que 287 fueron impuestas por no mantener oferta o no suscribir el contrato. Por su parte, otras 141 sanciones fueron impuestas por la resolución del contrato por causas atribuibles al contratista, 21 fueron emitidas por que el contratista contrató sin contar con Registro Nacional de Proveedor vigente y al fondo de la tabla 16 sanciones por contratar con el Estado encontrándose impedido para ello.

Como mencionamos en el caso previo, de este número no podemos dar cuenta de cuántos específicamente fueron sancionados por infringir el artículo 10, literal f) de la Ley. Sin embargo, deja claro que aquellas sanciones son marginales.¹⁵⁶

Ahora, de la información, uno podría verse tentado a concluir que (dado el bajo número de sanciones) no se justifica el régimen restrictivo a los parientes de los funcionarios públicos. Sin embargo, como veremos enseguida, esta conclusión apresurada es errónea, por lo siguiente:

- a) El número bajo de sancionados al año por infracción al artículo 10 (y en específico del literal f), no evidencia necesariamente una baja intencionalidad de realizar actos de concertación de intereses o corrupción, que puedan sustentar el abandono del sistema.
- b) El número reducido de sancionados por haber infringido el artículo 10, literal f) de la Ley, puede deberse a la existencia de la restricción establecida en aquel articulado (y su respectiva sanción), siendo la misma la que habría impactado en el reducido número de actos de contratación entre el Estado y los parientes de funcionarios públicos; es decir, la norma estaría generando los desincentivos adecuados, demostrándose ello en el número reducido de casos de infracción.

Aun así, estas conclusiones igualmente adolecerían de errores deductivos. Por eso, es que, tanto la posición que señala que el artículo 10, literal f) resultaría innecesario, dado los datos arrojados por el Tribunal de Contrataciones del Estado, como aquel que deduce de esa información que el sistema está funcionando óptimamente (dado el número bajo de sancionados) es incorrecto. Respecto a la primera de las conclusiones, ya hemos indicado cuál es el error deductivo en que se incurre.

En relación a la segunda conclusión, el error parte de presuponer que el sistema funciona de forma infalible. Y es que, solo si el sistema funcionara así, sería posible señalar que un número bajo de sancionados (por contravenir lo dispuesto por el

¹⁵⁶ Al respecto, véase: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Noticia "Tribunal de Contrataciones del Estado ha emitido a junio más de 800 resoluciones de sanción" Disponible en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/tribunal-de-contrataciones-del-estado-ha-emitido-junio-m%C3%A1s-de-800-resoluciones-de-sanci%C3%B3n>.

artículo 10 literal f) significa que el sistema está desincentivando aquella práctica. Sin embargo, el sistema que analizamos –como la mayor parte de los sistemas legales que crean los Estados– (y en especial el Estado peruano) presenta vacíos e ineficiencias.

De esta forma, lo cierto es que el OSCE, así como su tribunal, no funciona de forma perfecta. Y, por lo demás, no es posible determinar en base solo a las sanciones, cuántos actos de contravención del artículo 10, literal f) se producen en la realidad (muchos de ellos “pasando desapercibidos”). Aun así, teniendo en cuenta la situación de impunidad en que se encuentra el Perú, debido a fallas estructurales del sistema administrativo y el sistema judicial¹⁵⁷, es posible deducir que el número de infracciones del artículo 10, literal f) que “pasan desapercibidas” del control del OSCE, puede llegar a números superiores al “uno o ninguno” al año arrojados en base a los datos del Tribunal de Contrataciones.

Como si fuese poco, si tenemos en cuenta que los actos excluidos por el artículo 10, literal f) pueden ser evitados mediante el uso de testaferros o terceros¹⁵⁸, entonces el número se eleva considerablemente. Esta es una práctica común y, basta mencionar algunos actos de corrupción general incluidos en el Informe Anual sobre la Corrupción del 2010, los que incluyen Irregularidades en 4 proyectos para mejoramiento de vigilancia epidemiológica para prevención del dengue (Región Ancash), donde

¹⁵⁷ Como indica Lilia Ramírez, del Programa Justicia Viva del Instituto de Defensa Legal: “La crisis que enfrentamos debido al problema de corrupción tiene como principal protagonista el Sistema de Justicia. Especialmente, porque son las instituciones jurisdiccionales las encargadas de procesar y sancionar este tipo de delitos. Empero ello, desde estas instancias tampoco se ha hecho mucho y se ha evidenciado que su labor hace agua cuando se trata de llevar procesos por enriquecimiento ilícito de personas ligadas al poder. Un ejemplo de esto: La inicial excarcelación de Rómulo León Alegría; los dichos y entre dichos entre el Ministerio Público y el Poder Judicial por el manoseo-robo de los audios que pertenecieron a Giselle Giannotti; o el inicial archivamiento de la denuncia contra Keiko Fujimori por la utilización de fondos públicos para solventar sus estudios universitarios en la Universidad de Boston (EE.UU.) En una reciente declaración, Luis Pásara señalaba que en los últimos años el funcionamiento del sistema judicial peruano ha cambiado; sin embargo, pese a que la justicia es distinta, no es mejor. ¿Por qué no es mejor?; existen diversos factores, para Pásara, al igual que para otros estudiosos de la materia, una de las principales razones de ello es la intolerante sensación de corrupción que percibimos todas las que tenemos que lidiar, de una manera u otra, con los órganos jurisdiccionales, y con acierto establece que “[n]o cabe duda de que la corrupción es el mayor obstáculo que se levanta contra la credibilidad de la Justicia en el país”. Al respecto, véase: Ramírez, Liliana, “Corrupción y Sistema de Justicia” En: *Informe Anual sobre Lucha Contra la Corrupción en el Perú 2010*, Grupo de Trabajo Contra la Corrupción, 2010, p. 42.

¹⁵⁸ Sobre las diferentes modalidades de corrupción en el Perú (casos actuales de corrupción), véase: Méndez, María Julia “La Gran Maraña de la Corrupción”. En: *Quehacer* Desco, pp. 20-33.
Disponible en:
http://www.desco.org.pe/sites/default/files/quehacer_articulos/files/03_Mendez_183.pdf.

posiblemente se habría cometido peculado y negociación incompatible; irregularidades en 2 adjudicaciones selectivas para adquisición de 69´799,69 galones de asfalto líquido (Región la Libertad) donde posiblemente se habría cometido negociación incompatible; otorgamiento de buena pro para mejoramiento de carretera desvío Huancaní – Putina a postor con documentación falsa. Además, se pagó sin recibir los bienes solicitados (Región Puno), donde posiblemente se habría cometido negociación incompatible; y un largo etcétera¹⁵⁹.

Y, si bien esta es una aproximación tentativa (ya que debe verificarse el número de actos de corrupción específicamente vinculados a contrataciones con el Estado y específicamente relacionados al artículo 10 de la Ley, literal f) en investigación y/o sancionados a nivel judicial), podemos concluir que la idoneidad del funcionamiento del sistema requiere ajustes. Ahora, no es extraño ni novedoso indicar que un régimen legal, sin una implementación adecuada fracasará. No obstante, desde el Análisis Económico del Derecho nos es posible ofrecer ciertas conclusiones para mejorar el sistema.

En ese sentido, si fuese cierto –como se indicó previamente– que en promedio existe “una a ninguna” sanción al año por infracción del artículo 10, literal f) de la Ley y, si tomamos en cuenta que las denuncias constantes de concertación de intereses y corrupción en contrataciones del Estado demuestran que existe (por lo menos) más de 1 caso al año de estas actividades (en sus diferentes variables), entonces concluimos que:

- a) El mayor número de contrataciones entre parientes de funcionarios públicos y el Estado se realizan fuera del procedimiento establecido por la OSCE; es decir, aquellas contrataciones estarían vulnerando la restricción establecida por el artículo 10, literal f) de la Ley y, además, se estarían realizando fuera del sistema de contrataciones.
- b) Dada la existencia del régimen restrictivo bajo análisis, los contratos con el Estado de los parientes de los funcionarios públicos del ejecutivo se realizan en mayor proporción fuera de los procedimientos regulares estatales, generando un efecto más gravoso que la simple contratación con el Estado. En estos últimos casos, no solo existe la posibilidad de que el contratante no tenga las

¹⁵⁹ Véase: Grupo de Trabajo Contra la Corrupción, “Informe Anual sobre Lucha Contra la Corrupción en el Perú 2010”, 2010. p. 123 y ss.

características necesarias para llevar a cabo el servicio u obra, sino que, además, obtiene la contratación sin ninguna de las garantías exigidas en el procedimiento formal de la OSCE.

En ese sentido, el efecto del actual sistema es más gravoso que permitir que los parientes de los funcionarios del poder ejecutivo puedan contratar con el Estado. En estos últimos casos, sin embargo, resulta importante que el Estado afine la detección de cualquier favorecimiento que permita a un postor inadecuado ganar una contratación.



CONCLUSIONES

1. Según lo analizado, el sistema no resulta idóneo. Los números de sanciones emitidos por el Tribunal de Contrataciones del Estado, frente al número de denuncias de concertación de intereses y corrupción en las contrataciones con el Estado demuestran que solo una fracción de las mismas es detectada por el sistema de fiscalización y sanción de la OSCE.
2. Entonces, dado que el sistema (desde un enfoque de Análisis Económico del Derecho) no demuestra ser idóneo respecto al fin perseguido, tampoco resultará constitucionalmente necesario. Al respecto, el criterio de necesidad exige que el sistema de restricción a imponerse escoja de las diversas alternativas aquella que resulte menos gravosa para el derecho del ciudadano. Al respecto, pareciera que el Estado ha optado por la medida más sencilla para la administración, no la menos gravosa para el administrado.
3. Aún más, no parece que hubiese mediado –antes de la implementación del actual sistema– una revisión de las posibles alternativas. De lo observado en nuestro análisis resulta claro que si existen opciones.
4. Las opciones incluyen lo siguiente:
 - a) Mantener el actual sistema de restricciones a la libertad de contratación. Esta opción traslada el costo de impedir concertaciones de intereses y posibles actos de corrupción al administrado.
 - b) Un nuevo sistema, en donde se permita a todos (incluyendo a los parientes de los funcionarios del poder ejecutivo) formar parte de los procesos de contratación del Estado. Este sistema implica que el Estado no externalice su incapacidad de fiscalización y buena conducción de un proceso de contratación a terceros que no han realizado acción alguna que amerite la restricción de sus derecho y que, sin embargo, se encuentran limitados en una libertad fundamental.

5. En ese sentido, existen alternativas al momento de establecer un sistema restrictivo a la libertad de contratación de los sujetos que venimos analizando (artículo 10 de la Ley). Debería privilegiarse la segunda opción por ser menos gravosa para el administrado y por ser responsabilidad del Estado asegurar el cumplimiento del Principio Constitucional de Buena Administración. La modificación del sistema actual es aconsejable, además, en cuanto resulta muy complejo hacer idóneo el sistema tal y como está formulado, pues requiere para su correcto funcionamiento que el Estado sea eficiente en su implementación como un todo, incluyendo su función jurisdiccional. Aquello resulta económicamente más complejo que hacer eficiente su fiscalización dentro de los procesos específicos en donde pudiesen participar parientes de funcionarios del Estado.



BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. Comentarios a la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado. Volumen 1 Editorial Escuela de Gerencia Gubernamental, Lima, 2010.
2. ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. Comentarios a la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado. Volumen 2. Editorial Escuela de Gerencia Gubernamental, Lima, 2010.
3. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Teoría del equivalente económico en los Contratos Administrativos. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
4. BACACORZO, Gustavo. Tratado de Derecho Administrativo, Cuarta edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
5. CHOJKIER, Raquel Y Otros. Contrataciones del Estado. Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes Servicios y del Estado Nacional. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.
6. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. 5ta edición. Editora RAO, Lima, 1999.
7. CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. Editorial San Marcos, Lima, 1995.
8. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Diccionario de Gestión Pública. Definiciones y conceptos Técnicos y Jurídicos extraídos de la normativa y Jurisprudencia peruana. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009.
9. DELPIAZZO, Carlos. Contratación Administrativa. Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999.

10. DÍAZ PELÁEZ, L. Mario. Jurisprudencia sobre Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005.
11. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Edición, Editorial EPASA, Madrid, 2001.
12. DROMI, Roberto. Licitación Pública. 2da edición. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
13. DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 11va edición. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
14. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otros. "Curso de Derecho Administrativo". Lima, Palestra Editores, tomo I, p. 28.
15. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Manual de Contratación y responsabilidad de la Administración. Editorial COMARES, Granada, 2004.
16. GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Tomo II, Editorial Palestra, Lima, 2005.
17. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto. El Contratista en la Administración Pública. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.
18. LANDA ARROYO, César Y VELAZCO LOZADA, Ana. Constitución Política del Perú de 1993. 5ta edición. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004.
19. LINARES JARA, Mario Y MARTÍN TIRADO, Richard. Contrataciones y adquisiciones del Estado. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007.
20. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. 6ta Edición. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
21. PATRÓN FAURA, Pedro. Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú. 8va edición. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.

22. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Derecho Penal Económico. Jurista Editores, Lima, 2009.
23. PINO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales, OSBEC SRL Editora. Bogotá, 2005.
24. RETAMOZO LINARES, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control y Normas de Control, Análisis y Comentarios. Jurista Editores, Lima, 2009.
25. RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. Sexta Edición, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1993.
26. VEGA DE HERRERA, Mariela Y ORDOÑEZ M. Alejandro. Contratación Estatal. Editorial Themis SA, Santa Fe de Bogotá, 1999.
27. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho. Editorial IDEMSA, 2006.
28. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Diálogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
29. LA CONSTITUCIÓN COMENTADA. Análisis Artículo por Artículo. Editorial Gaceta Jurídica SA, Lima, 2005, Tomo I.
30. LA CONSTITUCIÓN COMENTADA. Análisis Artículo por Artículo. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2005, Tomo II.

ARTÍCULOS

31. ABAD YUPANQUI, Samuel. *“El Proceso Constitucional de Amparo”*. En: La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2005.

32. CAMACHO CÉPEDA, Gladys. *“Los Contratos Administrativos de suministro: el caso Chile Compra”*. En: *El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado peruano*, Lima, abril, 2008.
33. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *“El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú”*. En: *Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, diciembre, 2006, Nro. 2.
34. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *“Un acercamiento a los contratos que rigen la contratación administrativa”*. En: *Revista de Derecho Administrativo, Contratación Estatal y Régimen de Concesiones*, Ed. Círculo de Derecho Administrativo, Lima, mayo 2009, Nro. 7.
35. JIMENEZ MURILLO, Roberto. *“Los Contratos Administrativos derivados de los Actos Administrativos Patrimoniales del Estado”*. En: *Revista de Derecho Administrativo, Contratación Estatal y Régimen de Concesiones*, Círculo de Derecho Administrativo, Lima, mayo 2009, Nro. 7.
36. LINARES JARA, Mario. *“El Contrato Administrativo en el Perú”*. En: *Revista de Derecho Administrativo*, Iuris Consulti Editores, Lima, marzo 2006, Año I.
37. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *“El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Estado”*. En: *Actualidad Jurídica*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2005, Tomo 138.
38. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *“Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas”*. En: *Revista de Derecho THEMIS*, Lima, agosto, 2006, Nº 32.
39. PANDO VILCHEZ, Jorge. *“El registro de inhabilitados: Proveedores, Socios y Accionistas. Breve reflexión comparativa de las modificaciones incluidas en la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”*. En: *Revista de Derecho Administrativo*, Iuris Consulti Editores, Lima, marzo 2006, Año I.
40. SALAZAR CHAVEZ, Ricardo. *“Las Formas Jurídicas Administrativas y la Contratación Pública sobre Bienes, Servicios y Obras”*. En: *Revista de Derecho*

Administrativo, Contratación Estatal y Régimen de Concesiones, Ed. Círculo de Derecho Administrativo, Lima, Mayo 2009, Nro. 7.

41. URQUIZO OLAECHEA, Javier. *“Prohibición de aplicación por analogía in “malam partem”*”. En: La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2005.

NORMATIVA

42. Decreto Legislativo N° 295, Código Civil Peruano, publicado el 25 de julio de 1984.
43. Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 04 de junio de 2008.
44. Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
45. Decreto Supremo N° 184-2008, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, publicado con fecha 01 de enero de 2009.
46. Decreto Supremo N° 006-2009-EF, Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, publicado el 14 de febrero de 2009.
47. Directiva N° 006-2010-OSCE/CD, Directiva de Subasta Inversa.
48. Directiva N° 007-2010-OSCE/CD, Directiva de Convenio Marco.
49. Ley N° 26771, Ley que establece la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco.
50. Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
51. Ley N° 27806, Texto Único Ordenado de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

52. Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.
53. Ley N° 28670, Ley que Declara la Necesidad Pública e Interés Nacional Diversos Proyectos de Inversión.
54. Ley N° 28705, Ley General Para La Prevención Y Control De Los Riesgos Del Consumo Del Tabaco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 06 de abril de 2006.
55. Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público.
56. Ley N° 29517, Ley General Para La Prevención Y Control De Los Riesgos Del Consumo Del Tabaco, Para Adecuarse Al Convenio Marco De La Organización Mundial De La Salud (OMS) Para El Control Del Tabaco. Publicada en el Diario Oficial el Peruano el 01 de abril de 2010.
57. Pronunciamiento N° 225-2005/GTN, Lima, 22 de agosto de 2005.
58. Pronunciamiento N° 294-2005/GTN, Lima, 20 de octubre de 2005.
59. Resolución N° 036/2006.TC-SU, Lima, 13 de enero de 2006.
60. Resolución N° 1733-2008-TC-S2, Lima, 20 de junio de 2008.
61. Ley N° 19.886, Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile.
62. Reglamento de la Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile.
63. Dictamen N° 030109N09, emitido por la Contraloría General Chilena con fecha 05 de junio de 2009.
64. Resolución N° 2410-2010-TC-S1, del 30 de diciembre de 2010.