

Proveedores, Impedimentos y Tribunal de Contrataciones del Estado

Reflexiones sobre la posición del Tribunal de Contrataciones del Estado respecto de quien puede y quien no puede ser proveedor del Estado

Marco Antonio Martínez Zamora*

Resumen:

El presente artículo nos muestra los principales impedimentos existentes para ser proveedor del Estado en el actual régimen de contratación pública.

Acto seguido, el autor analiza cómo una interpretación inadecuada de la norma puede llegar a desvirtuar el propósito para la que fue creada, creando una seria de trabas que, en la práctica, perjudican finalmente el objetivo de las contrataciones del Estado.

Palabras clave:

Contrataciones con el Estado – Proveedores del Estado – Impedimentos – Tribunal de Contrataciones del Estado

Abstract:

The present article explains the main impediments for being a supplier of State in the actual regulation for public procurements.

Then, the author analyses the way a wrong interpretation of the law can turn into a distortion of the legal propose, bringing a number of barriers that, in practice, affect the main goal the public procurement.

Keywords:

Public procurement – Supplier of State – Impediments – Public Procurement Court

Sumario:

1. Introducción – 2. El régimen de contratación estatal – 3. El derecho a contratar con el Estado y sus restricciones – 4. La prohibición para contratar aplicable a los familiares de impedidos directos – 5. La posición cambiante del Tribunal de Contrataciones del Estado y sus efectos – 6. Extensión de impedimentos vía interpretación – 7. A modo de conclusión

* Abogado especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública, Aseguramiento Universal en Salud y Seguridad Social, egresado de las Maestrías de Derecho con Mención en Derecho Constitucional y de Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos y con estudios concluidos de Doctorado en Derecho. Se ha desempeñado como Vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el período 2002-2005, como Asesor Legal y Consultor de diversas instituciones estatales y privadas, habiendo ejercido la docencia en materias de su especialidad en diversas instituciones académicas del medio, así como socio principal de MZ Consultores. Actualmente se desempeña como árbitro, articulista, consultor especializado en las materias descritas y Presidente del Tribunal de Disciplina de la Policía Nacional del Perú. Ex miembro y actual Consejo de Honor de Derecho & Sociedad.

*¡Oh, Libertad!, ¡cuántos crímenes
se cometen en tu nombre!
Madame Roland, 8 de noviembre de 1793*

1. Introducción

“Nos hemos convertido en locos de Dios”, sentencia Abraham Van Helsing en una de las escenas finales de la memorable *“Drácula de Bram Stoker”,* luego de una persecución implacable en la que han alcanzado y vencido a su vampiresco archienemigo. No les faltaba motivación para perseguirlo: Su lucha se basaba en los más altos valores de la civilización humana; pero en esa labor ellos mismos habían perdido sus propios trazos de humanidad, reemplazando la razón por la ira y convirtiéndose –de algún modo– en aquello mismo que buscaban destruir. Signo distintivo de nuestra historia, plagado de casos en los cuales se han tomado decisiones arbitrarias o simplemente irracionales, invocando los más altos valores públicos o privados, tales como patria, familia o libertad.

Instrumento inseparable a tales desbordes es la invocación de un instituto superior, sea este religioso o secular, que en tiempos modernos no es otra cosa que la invocación a la norma, es decir, a la Ley, como un ente casi vivo autónomo, en cuyo nombre la realidad toma una nueva dimensión, no para mostrarse a sí misma como aparece ante los ojos de los comunes, sino como es imaginada por dicha disposición – o por quien controla su interpretación: Es el mito platónico de la caverna, pero a la inversa. No olvidemos que en los juicios de Núremberg los dieciséis abogados, jueces y juristas alemanes juzgados por el Tribunal Ad Hoc, en todo momento sostuvieron que se habían limitado a aplicar la norma, rechazando toda responsabilidad en el atropello de derechos y situaciones humanamente absurdas que se derivaban de ella: Por supuesto, fueron condenados, como todos sabemos.

No existe motivo por el cual pensar, salvando las naturales distancias de grado, que ello no pueda darse también en el marco del derecho a ser proveedor del Estado y al deber del Estado de satisfacer las necesidades de su población mediante la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras, en la mejor relación de costo previo posible. Durante los últimos años, hemos advertido una continua disminución de proveedores dispuestos o en aptitud de abastecer al Estado, así como una sostenida degradación de su calidad y condiciones de competencia, y también una precarización del derecho a contratar con el Estado, que a paso sostenido va camino a convertirse en una excepción, antes que regla.

El presente artículo busca una aproximación y una reflexión sobre cómo la ideología del

interpretador, entendida como la forma de leer la ya mentada norma, puede llevar a trastocar sus fines, afectando no sólo a un administrado concreto, sino a los fines del Estado en su conjunto, incentivando las conductas no deseadas y que, en su oportunidad, dieron motivo al establecimiento del ordenamiento jurídico vigente.

2. El régimen de contratación estatal

El régimen de contratación pública es uno de los diversos ordenamientos o sistemas jurídicos del ordenamiento estatal. Parte de la simple constatación de que el Estado no puede proveerse a sí mismo de todos los bienes, servicios y obras que necesita, sino que en el marco de una economía social de mercado, requiere del concurso de proveedores privados que cuentan con el debido conocimiento y experiencia en la provisión de las necesidades que busca satisfacer el ordenamiento estatal.

Su relevancia no deber minimizada, si se tiene en cuenta la cantidad de recursos y movimientos que ello genera: Así por ejemplo, en el año 2012, el Estado Peruano realizó contrataciones de bienes, servicios y obras por 41,682.73 millones de nuevos soles a través de 119,115 procesos de selección, 1,323 exoneraciones y 17,969 órdenes de compra o servicio. Tal situación lo convierte en el principal comprador dentro del territorio nacional, cuyos efectos sobre la distribución de ingresos no pueden ser equiparados por ningún otro generador de demanda, más allá de la envergadura que aquellas puedan tener.

En esa línea, no solemos pensar en el rol distributivo del régimen de contratación estatal. Dentro de los límites de los recursos asignados, cuando se decide la construcción de una carretera, no sólo se dará un primer movimiento orientado a transferir recursos del Estado a su constructor, sino que a su vez se generará un circuito económico que beneficiará a los propios proveedores del contratista, a su personal, a los proveedores de su personal y, dependiendo de la menor o mayor inteligencia de la obra, a la población de la localidad o las localidades donde esta se ha ejecutado. Ocurre igual en las adquisiciones de bienes y servicios.

Queda claro que tal asignación de recursos no puede efectuarse de modo irracional, sino a través de un procedimiento que amerite una decisión económicamente equilibrada y reduzca o elimine cualquier potencial trazo de arbitrariedad. De hecho, podemos afirmar que una característica del régimen de contratación estatal es limitar el margen de discrecionalidad del funcionario a cargo de una contratación estatal, mediante un procedimiento racional que permita tomar la mejor

decisión posible, tanto respecto de la autoridad estatal, como de la población destinataria.

Su relevancia queda reiterada con su propia elevación a nivel constitucional, evidenciada en el artículo 76° de la Constitución Política del Estado Peruano, que a la letra señala lo siguiente:

“Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

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

De este modo, el régimen de contratación estatal ha quedado definitivo, a nivel constitucional, como uno diferenciado del régimen común o privado, no sólo porque así lo establece dicho cuerpo normativo fundamental, sino porque tal decisión se adopta en relación a la necesidad de contar con una forma de ordenamiento racional y objetiva para conseguir la mejor distribución de los recursos que se asignan en la satisfacción de las necesidades de bienes, servicios y obras del Estado Peruano. Para tales efectos, será necesario contar con la mayor cantidad de proveedores posibles, es decir con un número suficiente de personas naturales o jurídicas dispuestas y en aptitud de contratar con el Estado, estableciéndose el debido equilibrio entre los intereses particulares y la finalidad pública de la contratación estatal. Así las cosas, resulta imprescindible determinar quién puede y quién no puede ser proveedor del Estado.

3. El derecho a contratar con el Estado y sus restricciones

Si bien se puede hablar –en términos generales– de un derecho a contratar con el Estado, como consecuencia del origen de los recursos que éste dispone, no es menos cierto que las mismas reglas establecen excepciones a su aplicación con carácter universal, contemplándose los casos en los cuales una persona natural o jurídica no puede ser proveedor del Estado.

Una primera barrera, al menos en el Perú, es la necesidad de todo proveedor de bienes, servicios o ejecutor de obras, de registrarse en el denominado Registro Nacional de Proveedores (RNP) como paso previo a poder ser participante,

postor o contratista de una entidad comprendida en el régimen de contratación estatal. En esa línea, el artículo 9° de la Ley de Contrataciones del Estado¹ establece en su artículo 9° que: *“Para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado”.*

De lo anterior se colige que, además del propio registro como barrera o requisito de acceso, que resulta salvable en tanto se tramite y obtenga el registro correspondiente, existen otros dos supuestos, que no pueden ser salvados sino con la desaparición de la causa que le dio origen, y que pueden clasificarse en: i) impedimentos en función a la posición de una persona o de quienes se encuentren vinculados o emparentados con ellos en la organización estatal y; ii) impedimentos en función a una sanción de inhabilitación, siendo que estas constituyen una especie dentro de un género más amplio.

Tales impedimentos se encuentra ampliamente regulados en el artículo 10° de la actual Ley de Contrataciones del Estado que, en sus primeros nuevos literales, establece un efecto de cascada respecto de los impedidos por razones del cargo que ocupan y sus parientes y vinculados, mientras que los dos literales siguientes, generan el mismo nivel de cascada entre los inhabilitados y sus impedidos.

De este modo, no toda persona natural o jurídica puede acceder a la condición de proveedor del Estado. Existen dos límites: Uno de carácter objetivo, que se configura con la sola posición en un cargo público o vínculo contractual determinado, que involucra su exclusión total o parcial de la posibilidad de contratar con el Estado. El segundo, de carácter subjetivo, que se configura con una conducta de la persona o, –en el caso de las personas jurídicas– de su representante legal o accionista, que determina su exclusión pese a que potencialmente pudieron ser proveedores del Estado. En estos últimos casos estamos ante los supuestos de sanción inhabilitante impuesta de modo exclusivo e invariable por el Tribunal de Contrataciones del Estado, de ahí su protagonismo y la relevancia de las funciones que ejerce mediante sus resoluciones, en dicha materia.

Las sanciones inhabilitantes se encuentran previstas en el artículo 51° de la LCE para los proveedores, participantes, postores y contratistas que han incurrido en algunos de los supuestos previamente tipificados, debidamente contemplados en el mismo cuerpo legal. En este sentido, el régimen de inhabilitados se convierte en una especie dentro del género

¹ Aprobada mediante Decreto Legislativo Nº 1017 y a la que en adelante se le denominará la LCE.

de impedimentos, de hecho la especie más importante en cuanto a los privados que participan del régimen de contratación estatal. El origen de la medida inhabilitante que adopta el Estado, a través del Tribunal de Contrataciones del Estado, tiene su origen en una conducta del propio sujeto sancionado, que origina una variación de su aptitud inicial para contratar con el Estado, a un nuevo escenario en donde ello ya no le resulta posible.

Para tales efectos, se requiere de la comisión de un acto imputable del propio proveedor o de quienes se encuentren en su esfera de dominio, que sea susceptible de ser considerado sanción, de modo tal a su parte ha determinado su inhabilitación para contratar en vía administrativa. Es decir tienen su origen en una inconducta del propio proveedor, que determina que para la Administración dicha persona natural o jurídica deja de ser un proveedor deseable, excluyéndolo de modo temporal o definitivo de toda opción de ser contratista. Tal potestad de la administración actualmente se encuentra regulada en el artículo 51° de la LCE y en los artículos 235° y siguientes de su Reglamento.

Sobre el tema, queda claro que no todas las responsabilidades a cargo de los postores se encuentran en el ámbito del interés privado o particular. Frecuentemente ellas desbordan el ámbito de las meras propuestas y su evaluación para involucrar otros valores debidamente positivados como obligaciones cuya trasgresión involucra la comisión de infracciones administrativas. En tales casos, la responsabilidad resultante será independiente del resultado obtenido en el proceso de selección, persiguiendo al administrado aun cuando largamente haya concluido la etapa selectiva. Estamos pues ante las infracciones administrativas que involucran la afectación de aspectos tales como la afectación de la presunción de veracidad, la falta de seriedad de las propuestas (no suscribir el contrato), el incumplimiento contractual, la afectación de la libre competencia, el postular o suscribir contrato estando impedido para contratar con el Estado o careciendo de inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, entre otros.

Tenemos entonces tres restricciones para que una persona natural o jurídica pueda desempeñarse como proveedor del Estado:

- i) Una barrera de acceso, constituida por la obligación de inscribirse en el Registro

Nacional de Proveedores, que salvo su propio costo o la mayor o menor complejidad de su tramitación, no es insalvable en sí misma;

- ii) Un impedimento absoluto, aplicable a proveedores que dada su posición en el Estado o por su vinculación o parentesco a quienes se encuentra a cargo de tal posición respecto del Estado, dentro de un ámbito nacional, regional o local, se encuentren imposibilitados de ser sus proveedores. En estos casos, el impedimento sólo desaparece con la desaparición de la causa que lo motiva, esté o no bajo el control del afectado.
- iii) Un segundo impedimento, igualmente absoluto, aplicable a quienes han sido inhabilitados para contratar con el Estado ya sea por haber incurrido en un hecho susceptible de ser considerado infracción o por estar vinculado a quien haya cometido tal infracción². Los propios sujetos descritos en el párrafo anterior podrían quedar incorporados en este segundo supuesto, si a pesar de su propia prohibición, deciden contratar con el Estado.

Tratándose de disposiciones que restringen el ejercicio de un derecho –en este caso el derecho a contratar con el Estado– queda claro que su lectura e interpretación no debe efectuarse de modo amplio ni analógico, sino restringido a su forma más estricta posible. Tal cuidado en su lectura e interpretación resulta más aun imprescindible si se tiene en cuenta que, dado el efecto de cascada ya mencionado, sobre una fase inicialmente previsible de altos funcionarios, funcionarios y servidores definidos, así como de inhabilitados para contratar con el Estado, se puede extender los efectos a un amplísimo universo de situaciones que comprenden empresas, asociaciones y familiares, que puede excluir a una porción considerable de la Población Económicamente Activa de toda posibilidad de contratar con el Estado: Sólo a manera de ejemplo, recordemos que la vinculación por parentesco se extiende hasta los primos hermanos y a las asociaciones o sociedades a las que pertenezcan, tengan participación o representen tales primos hermanos.

4. La prohibición para contratar aplicable a los familiares de impedidos directos

Tal como hemos visto, los impedimentos contemplados en el artículo 10° de la Ley de Contrataciones del Estado, no se limitan a los inhabilitados para contratar con el Estado, ni a

² Es el caso del literal k del artículo 10° de la Ley de Contrataciones del Estado, que extiende los efectos de una sanción de inhabilitación, no sólo a la persona afectada, sino a sus apoderados, representantes o incluso, en el caso de personas jurídicas, a sus accionistas incluso minoritarios o sin control real en la compañía, siempre que superen el 5% de acciones o participaciones. La dudosa constitucionalidad de esta disposición, será desarrollada en un estudio posterior.

quienes desempeñan una actividad pública, sino también –para el caso de estos últimos– a su cónyuge, conviviente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como a las empresas o asociaciones en las que estos tengan más del cinco por ciento del capital o patrimonio social e incluso cuando tales personas participan como apoderados o representantes de otros, hasta doce (12) meses posteriores a la culminación del cargo del causante originario del impedimento.

Así, tenemos el literal a) del artículo citado, que con bastante lógica excluye de la posibilidad de ser proveedores del Estado a los altos funcionarios del Estado, como son el presidente y vicepresidentes de la República, congresistas, ministros y vice ministros de Estado, congresistas, miembros de la Corte Suprema de la República y miembros de los consejos directos de los órganos constitucionalmente autónomos³. En la misma línea, los literales b) y c) excluyen a los altos funcionarios de competencia regional y local, dentro de su respectiva jurisdicción, tales como vocales de cortes superiores, alcaldes, regidores, gobernadores y vice gobernadores, entre otros. El literal d) extiende aún más el universo de impedidos a virtualmente todo funcionario y servidor público dentro de su respectivo ámbito, y el literal e) a quienes han participado en la definición de necesidades, aun cuando no tengan la condición de servidor o funcionario público.

A partir del literal f) hasta el i) inclusive, el universo de impedidos salta de modo exponencial, incorporando un número impreciso –pero que bajo cualquier cálculo supera los seis millones de personas– extendiendo los impedimentos a los cónyuges, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, las empresas o asociaciones donde ellos y los impedidos directos participen, así como las personas naturales o jurídicas representadas o en las que tengan poder cualquiera de todos ellos.

A este nivel, la lógica ya no está tan clara y alguien podría preguntarse si finalmente quedaría algún ciudadano del Perú en aptitud de ser proveedor del Estado. La respuesta la dio el propio legislador, cuando redacta el literal e) de la siguiente forma:

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

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

(...)

d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia.

De ello queda claro que, a diferencia de los altos funcionarios descritos en los literales a, b y c, para el caso del resto de los funcionarios y servidores públicos, el impedimento no es total, sino que quedaría directamente relacionado a una segunda norma que rija la materia y que, bajo distintos escenarios, ha sido identificada con el Código de Ética de la Función Pública, que no establece prohibiciones absolutas, sino que las limita al grado real de influencia o participación de un funcionario o servidor público en la toma de decisiones. Consecuentemente, el universo de prohibidos posteriores, establecidos en cascada, no retiraría sino a los parientes de los altos funcionarios públicos y de quienes tengan incidencia real en la toma de decisiones.

5. La posición cambiante del Tribunal de Contrataciones del Estado y sus efectos

Lo señalado anteriormente, es decir limitar la extensión del impedimento respecto del grueso de los funcionarios y servidores distintos a los altos funcionarios, fue interpretado de modo uniforme por las distintas instituciones del Estado, tales como SERVIR y el propio Tribunal de Contrataciones del Estado, hasta el año 2012. Prueba de ello, es la Resolución N° 1113-2011-TC-S3 en cuyos numerales 24 al 26 de la Fundamentación, se estableció lo siguiente:

“Teniendo en cuenta ello, puede evidenciarse que la señorita (...) no tenía capacidad decisoria con relación a ningún acto referido al proceso de selección acotado, ni jerarquía que le permitiera influir en la contratación del “Servicio de Arrendamiento de Inmueble para la Oficina Regional Sede Huancavelica”, máxime si cuando como se advierte de la revisión del Acta de otorgamiento de la buena pro, el proceso de selección fue desarrollado desde las locaciones de la Entidad en el distrito de Surco – Lima y llevado a cabo por el respectivo Comité Especial.

En dicho sentido, no obstante la existencia del vínculo de consanguinidad señorita (...)y la

3 La razón de la opción adoptada por el Legislador tiene sustento en el carácter excepcional que debe observarse en la restricción de derechos individuales por las condiciones personales de un tercero, en este caso un alto funcionario público, de modo tal que ésta no desborde los límites de directa influencia que eventualmente pudieran ejercerse, sin perjuicio de observar de modo estricto y transparente – en todo proceso de selección en el que si le sea lícito intervenir - las reglas aplicables a los procesos de selección a los que se presenten una determinada persona como postor.

Contratista, en atención a lo esbozado en los numerales precedentes, no se ha configurado el impedimento contenido en el literal i) del artículo 10 de la Ley, y por su efecto, se descartan las infracciones imputadas en contra de la Contratista.

En consecuencia, este Colegiado concluye que no se han configurado las causales contempladas en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por lo cual debe declararse no ha lugar la imposición de sanción a la Contratista". (El subrayado es nuestro)

En el mismo sentido, en los numerales 16 y 17 de su Fundamentación, la Resolución N° 181-2012-TC-S1 del mismo Tribunal de Contrataciones del Estado, refirió que:

"Sobre la base de lo expuesto, se tenía conocimiento que el señor (...), a la fecha de convocatoria de la Adjudicación Directa Selectiva N° 006-2011/UNTRM/CE convocado por la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza, ocupó el cargo de regidor en la Municipalidad Provincial de Chachapoyas en el periodo 2007 al 2010; no obstante ello, como se ha señalado en los numerales precedentes, no se ha evidenciado que dicha persona haya tenido capacidad decisoria con relación a algún acto referido a dicho proceso de selección, ni jerarquía alguna que le hubiese permitido influir en la contratación de la obra; menos aún si tiene en cuenta que dicho proceso de selección fue convocado por una entidad ajena a la competencia de la Municipalidad en la cual dicho regidor tuvo un determinado cargo, pensar en contrario genera una interpretación extensa que no guarda relación con el espíritu del principio general del derecho.

En conclusión, este Colegiado considera que en el presente caso no se ha configurado el presupuesto de impedimento al cual alude el literal c) en concordancia con el literal f) del artículo 10 de la Ley, por lo tanto, el Registro de Participantes de fecha 15 de abril de 2011 suscrito por el señor (...), gerente general de la empresa CAM PERÚ MAQUINARIAS INGENIEROS CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., en el cual manifestó no tener impedimento para participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado no contiene información inexacta; por lo que la imputación hecha en contra de la citada empresa debe ser declarada no ha lugar". (El subrayado es nuestro)

Esto quiere decir que, para cualquier proveedor del Estado, el debido cuidado que debía observarse para determinar si podían ser postores y contratistas ante las diversas instituciones públicas quedaba definido bajo límites racionales,

que equilibraban el deber de transparencia e imparcialidad (objetivo final de estas restricciones), con el derecho a contratar con el Estado.

Sin embargo, de modo inexplicable, tanto el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), como su Tribunal administrativo, variaron de modo dramático su posición, a fin de desvincular la mencionada prohibición de su racionalidad original (transparencia e imparcialidad), para convertirla en una prohibición ciega y absoluta, como bien se puede advertir de la siguiente Resolución 2042-2014-TC-S1, en cuya sumilla se establece que:

"La remisión que el literal d) del artículo 10 de la Ley 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, ya que éste se encuentra definido en el propio literal d)".

En su texto, explica que, de acuerdo a su nueva posición, la mención a la Ley de la materia, únicamente pretende establecer que se aplica a todo trabajador del Estado y sus parientes y vinculados, ya sea estén en el régimen del Decreto Legislativo N° 276, el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 o cualquier otro, como podría ser el CAS. Este nuevo criterio ha sido recogido adicionalmente en otras resoluciones, tales como la N° 610-2013-TC-S1 del 21 de marzo de 2013, la N° 2228-2013-TC-S3 del 3 de octubre de 2013 y la N° 1829-2014-TC-S1 del 17 de julio de 2014.

Para decir de modo claro: Hoy en día, según el Tribunal de Contrataciones del Estado, un maestro de escuela que desarrolla sus labores en Tarata, por sólo mencionar un ejemplo, podría hacer que una empresa constructora de Tumbes se encuentre impedida de contratar con el Estado para la construcción de un colegio, porque en ella tuvo la buena (o mala) suerte de desempeñarse como gerente un primo hermano suyo, al que posiblemente ni siquiera conoce. Así estamos.

6. Extensión de impedimentos vía interpretación

En el fondo, esta variación implica una nueva interpretación. De otro modo no explicaría que en forma reiterada y en años previos se haya observado una posición diferente: Es más, la nueva posición no resulta coherente ni con una lectura literal del texto del artículo 10 literal d), pues en ella se regula el alcance del impedimento (como en los demás literales), no así el régimen laboral al que están adscritos (tema que ni es tratado ni es coherente con el contenido del articulado);

en todo caso, queda claro que estamos ante una interpretación *malam partem*, hecho proscrito por el Tribunal Constitucional, como se advierte de la sentencia recaída en el Expediente N° 0484-2009-PA-TC, que refiere que las *normas que restringen derechos deben ser aplicadas restrictivamente. Conforme lo siguiente:*

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

Ese es el sentido general con el que debe entenderse el artículo 139°, inciso 9) de la Constitución, según el cual constituye uno de los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional, pero también un derecho subjetivo constitucional de los justiciables, “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos(...)” (subrayado agregado) ⁴.

No es sólo la lógica y los propios criterios anteriores del Tribunal de Contrataciones del Estado los que llevan a sorpresa respecto de la variación en la interpretación de dicho órgano, sino las desastrosas consecuencias del nuevo criterio, pues a los proveedores que contrataron con la firme convicción de la legalidad de su conducta, no sólo se los sanciona por haber contratado estando impedidos, sino que incluso se les imputa la más grave de las sanciones dentro de la escala establecida por el régimen de contratación pública: La de presentar documento falso o inexacto, que implica un retiro del mercado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años, lo que en fondo implica su desaparición como organización empresarial.

En esa línea, queda claro que el impedimento al que se refiere el literal d), debe adecuarse a la ley de la materia, que regula de modo específico el régimen y características de los impedimentos del Estado, así de simple. Dicha ley de la materia, de acuerdo a SERVIR es considera la Ley del Código de

Ética de la Función Pública, que en sus artículos 1° y 8° establece lo siguiente:

“Artículo 1.- Ámbito de Aplicación

Los Principios, Deberes y Prohibiciones éticos que se desplacen en el presente Código de Ética de la Función Pública rigen para los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública (...)

Para los fines de la presente Ley se entenderá por entidad o entidades de la Administración Pública a las indicadas en el artículo 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”

“Artículo 8.- Prohibiciones Éticas de la Función Pública

El servidor público está prohibido de:

1. Mantener Intereses de Conflicto

Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.

2. Obtener Ventajas Indevidas

Obtener o procurar beneficios o ventajas indevidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia”.


Cualquiera que pueda ser la posición personal que se pueda tener sobre el tema, el hecho incuestionable es que, tanto en estos casos, como en otros a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado, se viene optando por la interpretación más gravosa para el administrado, lo que conlleva a una reducción sostenida de proveedores del Estado, con su propio efecto cascada, pues tal impedimento persigue a los propios vinculados a la parte sancionada. Lo más lamentable de esta situación es que la sanción de inhabilitación, originalmente diseñada para perseguir y excluir a los malos proveedores del Estado –es decir a aquellos que le han ocasionado un perjuicio cierto y medible en el objetivo de contratar en las mejores condiciones posibles– ha quedado totalmente distorsionada, convirtiéndose en una suerte de cacería de defectos, que en nada ayuda a tener mejores proveedores; lejos de ello, los espanta, dejando el camino libre a quienes no tienen nada que perder, porque no tienen prestigio propio, carecen de vocación de permanencia o simplemente –a diferencia de la mayor parte de los proveedores– tienen sus propios medios para sortear los efectos del creciente afán sancionador

4 EXP. N.° 2235-2004-AA/TC.

mencionado. Nuevamente, parecería ser que el afán de perseguir sin una lógica clara a los malos proveedores está dejando el camino libre a aquellos mismos.

7. A modo de conclusión

Se ha advertido como una indebida o inadecuada decisión jurisprudencial, basada en criterios ideológicos o en una sacralización de la norma a despecho de su carácter instrumental o su interpretación en un marco racional, afecta de

modo directo los propios objetivos del régimen de contratación estatal. De este modo, se genera el efecto inverso, pues en el mediano plazo podemos quedarnos sin proveedores –o al menos sin proveedores serio–, en el marco de un contexto persecutorio, en el que se ha olvidado que el proveedor, el Estado y el usuario no pueden ser tratados como enemigos entre sí, sino como socios en los objetivos comunes a los que debe orientarse el uso de los recursos públicos. No nos convirtamos en los locos de las contrataciones: Estamos a tiempo. 



JUAN MANUEL HURTADO FALVY
Árbitro - Abogado

Av. Del Parque Norte N° 770
San Isidro - Lima
Telf.: 01-7379381
jhurtado@arbitraje.pe
secretariaarbitral@arbitraje.pe

WWW.ARBITRAJE.PE
ARBITRAJE ESPECIALIZADO
EN CONTRATACION ESTATAL