



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de febrero de 2019, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia.

Además, se agrega el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Sullón Barrientos contra el auto de fojas 977, su fecha 4 de septiembre de 2013, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, que declaró fundada la excepción de convenio arbitral y, en consecuencia, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de diciembre de 2011, Vulcano S.R.L. (en adelante Vulcano), representada por su gerente general, don Jorge Sullón Barrientos, interpuso demanda de amparo contra don Jorge Carrasco Távara, en su calidad de Jefe de Contrataciones de Petróleos del Perú (en adelante Petroperú), así como contra la precitada empresa, solicitando que cese la amenaza de violación a sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo y a la libertad de contratación; amenaza que se ha concretizado con la Carta TL-ULOG-CO-6200-2011, del 22 de noviembre de 2011, emitida por el emplazado Jorge Carrasco Távara; en consecuencia, peticiona que se declare la validez y vigencia hasta su total ejecución de los Contratos 94351-YF-OBRA, 88789-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA.

Refiere que los precitados contratos se encuentran en ejecución y que a través de la cuestionada carta se interpreta erróneamente el Reglamento de Contrataciones de Petroperú S.A. (R. N.º 523-2009/OSCE-PRE) e inaplica (sic) el artículo 10º del Decreto Legislativo 1017, al establecer deliberadamente criterios no previstos en la Constitución o en la ley, requiriendo que se precise el vínculo de parentesco que mantendría con el trabajador Petroperú, don Wilfredo Sullón Barrientos. Al respecto, señala que, oportunamente, se expresó que dicha persona, quien se desempeñaba como Operador 1 en Servicios Industriales con 37 años de servicio en Petroperú, es hermano del gerente general de Vulcano, pero que aquel no tenía ningún cargo directivo o poder de decisión, ni participaba en los procesos de selección, contratación de obras o servicios que Petroperú licitaba; por lo que no existía impedimento ni restricción para que la requerida participe en dicho proceso. Además, refiere que con dicha carta el codemandado Jorge Carrasco Távara ha creado un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica que amenaza sus derechos fundamentales, pues la empresa demandante sería afectada con el cese de sus actividades por el citado vínculo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC
SULLANA
VULCANO S.R.L. Y OTROS

Posteriormente, el 15 de diciembre de 2011 se modificó y amplió la demanda a fin de incorporar como demandante a don Jorge Sullón Barrientos y para que se declare inaplicable a los recurrentes el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo 1017, en el extremo que la empresa demandante estaría supuestamente impedida para contratar con el Estado, por tener el gerente un hermano trabajando hace más de 37 años para Petroperú. Agrega, por lo demás, que en el presente caso, no es aplicable el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, pues la declaración de nulidad de un contrato no es un derecho disponible, sino la atribución del *ius imperium* del Estado. Al día siguiente, también se apersona al proceso Consorcio Alfa, empresa representada también por el recurrente, y solicita la ampliación y modificación de la demanda, para considerar como demandante a Consorcio Alfa y como codemandados, a don Wilmer Alejandro Herrera Meléndez y a don José Hidalgo Quevedo, en sus calidades de Jefe de Unidad de Proyectos y Gerente de Operaciones de Talara de Petroperú, respectivamente, para que también se declaren nulos y sin efectos legales, las Cartas N.º TL-UPRY-238-2011, 291010-CG-0081, TL-GOTL-SPTC-0174-2011, así como de la Resolución de Unidad de Proyectos N.º TL-GOTL-0009-2011-PP, y se ordene a la emplazada que cese todo acto de amenaza constituido en los diversos actos administrativos relacionados con el Contrato N.º 94351-YF.

Subsanadas las omisiones advertidas por el juzgador, con fecha 3 de enero de 2012 (f. 429), se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la parte emplazada para que la conteste oportunamente.

Con fecha 10 de enero de 2012, Petroperú contestó la demanda (f. 489) y dedujo las excepciones de incompetencia, falta de agotamiento de la vía administrativa, convenio arbitral y representación defectuosa de dos de los representantes de la accionante.

Con fecha 11 de marzo de 2013, el Segundo Juzgado Especializado Civil de Talara (f. 937), declaró infundadas las excepciones deducidas y saneado el proceso.

La Sala revisora (f. 997) confirmó el pronunciamiento de primera instancia en relación a las excepciones de incompetencia, falta de agotamiento de la vía administrativa y representación defectuosa, pero lo reformó el extremo relativo a la desestimación de la excepción de convenio arbitral, procediendo a declarar fundada dicha excepción y nulo todo lo actuado.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda y de los escritos ampliatorios posteriores, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a cuestionar la Carta TL-ULOG-CO-6200-2011 de fecha 22 de noviembre de 2011, la Carta N.º TL-UPRY-238-2011 del 16 de Diciembre de 2011, la Carta N.º 291010-CG-0081



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

emitida con fecha 16 de Diciembre del 2011, la Carta TL-GOTL-SPTC-0174-2011 de fecha 15 de Diciembre del 2011 y la Resolución de la Unidad de Proyectos N° TL-GOTL-0009-2011-PP expedida con fecha 15 de diciembre del 2011, tras considerar que los citados documentos evidencian una amenaza sobre los derechos fundamentales a la libertad de trabajo y a la libertad de contratación de Vulcano SRL, de Consorcio Alfa y de don Jorge Sullón Barrientos (representante de ambas empresas), motivo por el que solicitan la inaplicabilidad del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo 1017 en el extremo que las citadas empresas estarían impedidas de contratar con el Estado por tener su gerente un hermano trabajando en Petroperú y que se declare la plena validez y vigencia hasta su total ejecución de los Contratos 94351-YF-OBRA, 88789-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA.

Concretización de las condiciones que generan amenaza

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y en tanto las conductas por las que reclaman las empresas recurrentes resultarían según se alega, constitutivas de una situación de amenaza, corresponde verificar conforme a la previsión contenida en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, si esta última se sujeta a los requisitos de certeza o probabilidad así como de inminencia.
3. A este respecto y de lo que aparece en los autos **a)** mediante Carta TL-ULOG-CO-6200-2011 de fecha 22 de noviembre de 2011, suscrita por el emplazado Jorge Carrasco Távara en su condición de Jefe de Contrataciones de Petróleos del Perú, se le solicita a don José Sullón Barrientos, precise el vínculo de parentesco que mantiene con el trabajador de Petroperú, don Wilfredo Sullón Barrientos, **b)** Mediante Carta N° TL-UPRY-238-2011 de fecha 16 de Diciembre de 2011, emitida por el Jefe de Unidad de Proyectos, don Wilmer Alejandro Herrera Meléndez, se comunica a GMI S.A. Ingenieros Consultores la confirmación de la procedencia de la Nulidad de Oficio del Contrato N° 94351-YF con el Consorcio Alfa, solicitando se disponga la suspensión de todos los trabajos concernientes con dicha obra, **c)** Mediante Carta N° 291010-CG-0081 de fecha 16 de Diciembre del 2011 emitida por el Jefe de Supervisión, don Edgar Aguilar Ortiz se notifica a Consorcio Alfa la procedencia de la nulidad de Oficio del Contrato N° 94351-YF y se le solicita a dicha empresa la suspensión de todos los trabajos referentes a dicho contrato, **d)** Mediante Carta TL-GOTL-SPTC-0174-2011 de fecha 15 de Diciembre del 2011 suscrita por don José Hidalgo Quevedo, Gerente de Operaciones Talara, se pone en conocimiento de Consorcio Alfa la Resolución TL-GOTL-0009-2011-PP, **e)** Mediante Resolución de la Unidad de Proyectos N° TL-GOTL-0009-2011-PP expedida con fecha 15 de diciembre del 2011 por la misma Gerencia de Operaciones de Talara se declara la Nulidad de Oficio del Contrato N° 94351-YF SOBRE "Obra Impermeabilización de áreas estancas en tanques RFTL-Etapa III Impermeabilizar siete áreas estancas en RFTL y Construir cuatro pozas de confinamiento en Milla Seis".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS



4. Los antes citados documentos, emitidos todos ellos y a su vez notificados con carácter formal, acreditan fehacientemente la decisión de la entidad emplazada de paralizar o nulificar los procesos de contratación que han venido manteniendo las empresas Vulcano SRL, y Consorcio Alfa con el Estado, invocando para tal efecto las previsiones contenidas en los acápites d), f) e i) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado. En tal sentido y siendo evidente que dichas disposiciones existen y que efectivamente se han dado los pasos para concretizar sus mandatos, han quedado acreditados los requisitos de probabilidad o certeza y de inminencia, habiéndose configurado en la práctica las conductas que precisamente y desde un inicio se trataba de evitar.

Sobre la excepción de convenio arbitral formulada por Petroperú

5. La resolución de fojas 997 ha amparado la excepción de convenio arbitral deducida por la parte emplazada, Petroperú S.A., poniendo término a la instancia respectiva al haber declarado nulo todo lo actuado y dispuesto la conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, razón por la que previamente corresponde que este Tribunal analice si la excepción propuesta resulta procedente; lo que se realiza a continuación.
6. El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que regula la aplicación supletoria de códigos afines, establece que, en caso de vacío o defecto de dicha norma procesal, serán de aplicación supletoria los códigos procesales afines a la materia discutida, siempre que con ello no se contradigan los fines de los procesos constitucionales y, en cambio, se coadyuve a su mejor desarrollo.
7. A su turno, en relación a las excepciones y defensas previas deducibles en los procesos constitucionales de la libertad, el artículo 10 del Código Procesal Constitucional, modificado por la Ley 28946, publicada el 24 de diciembre de 2006, señala que las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal, y agrega que no proceden en el proceso de hábeas corpus, de todo lo cual se desprende que las excepciones procesales solo son procedentes en los procesos de amparo, habeas data y cumplimiento. No así en el proceso de habeas corpus.
8. Ahora bien, el Código Procesal Constitucional no tiene un artículo que de manera taxativa enumere las excepciones que pueden ser deducidas dentro de los procesos constitucionales. Solo tiene algunas normas dispersas que, de alguna forma, permiten inferir algunas de las excepciones que podrían ser formuladas en este tipo de procesos. Verbigracia, el artículo 51 del que se desprende que procede la excepción de incompetencia, pues su tercer párrafo señala literalmente: "Promovida la excepción de incompetencia, el Juez le dará el trámite a que se refieren los artículos 10 y 53 de este Código.". Asimismo, el artículo 53 del que se colige que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

además de la excepción de incompetencia, son procedentes las excepciones de litispendencia, cosa juzgada y prescripción (no la de caducidad como precisamos más adelante). Veamos:

[...] Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días; con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, dictará un Auto de Saneamiento Procesal en el que se anule lo actuado y se dé por concluido el proceso, en el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad.

9. Así las cosas, según lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional antes citado, es aplicable supletoriamente el Código Procesal Civil. Específicamente en materia de excepciones, su artículo 446 que a la letra preceptúa:

[...] Artículo 446.- Excepciones proponibles. -

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

1. Incompetencia;
2. Incapacidad del demandante o de su representante;
3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;
4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;
5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;
6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;
7. Litispendencia;
8. Cosa Juzgada;
9. Desistimiento de la pretensión;
10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción;
11. Caducidad;
12. Prescripción extintiva; y,
13. Convenio arbitral.

10. Sin embargo, debemos precisar que no todas las excepciones que aparecen previstas en el artículo citado son pasibles de ser propuestas en los procesos constitucionales, pues como bien se señala en el antes aludido Artículo IX del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, las normas procesales afines serán aplicables en tanto no contradigan los fines de los procesos constitucionales y en cambio los ayuden a su mejor desarrollo. Por lo tanto, no son admisibles las excepciones que tienen como único fin obstaculizar el trámite del proceso constitucional o son contrarias a los fines del mismo o a la naturaleza de los derechos que este protege. Es decir, las excepciones inconducentes, inoficiosas y dilatorias que de alguna forma impiden o tratan de impedir el pleno resguardo de los derechos constitucionales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC
SULLANA
VULCANO S.R.L. Y OTROS

11. Ya ha dejado ver este Tribunal, por ejemplo, que no procede proponer la excepción de caducidad en procesos como el amparo, pues como sostuvo en la Sentencia 01049-2003-AA/TC: "...el transcurso del plazo no extingue el derecho constitucional invocado, toda vez que su defensa podrá realizarse en las vías procesales ordinarias –distintas del amparo– que ofrezca el ordenamiento. Por lo tanto, esta Sala interpreta que el plazo (...) no es un plazo de caducidad, sino un plazo de prescripción, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional agraviado sino, simplemente, cancela la posibilidad de utilizar la vía procesal urgente del amparo para su protección" (Fundamento 7).
12. Lo mismo ocurre con la excepción de conclusión del proceso por conciliación o transacción. Esta no puede ser planteada, por cuanto los derechos fundamentales, al ser indisponibles, no pueden ser objeto de una conciliación o transacción extrajudicial, resultando contrario a los fines del proceso que se pretenda deducir o finalmente se ampare este tipo de excepción en un proceso constitucional, salvo que lo transado o conciliado tenga que ver con derechos disponibles y se quiera llevar indebidamente el asunto a la vía constitucional o que esté relacionando con aspectos que no formen parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de que se trate.
13. A fin de determinar si cabe plantear la excepción de convenio arbitral en los procesos constitucionales, este Colegiado debe previamente pronunciarse sobre el arbitraje y la materia arbitrable.
14. En cuanto al arbitraje, la parte final del primer párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú, estipula expresamente que:

[...] Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

A su turno, el numeral 1 del artículo 139 de la Norma Fundamental señala que:

[...] No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

15. Se puede observar que el último de los citados dispositivos constitucionales consagra el principio de unidad de la función jurisdiccional, en virtud al cual la unidad ha de ser comprendida, en principio, como la negación de cualquier intento de fragmentación jurisdiccional; y esto porque, por motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir en los conflictos interindividuales de contenido estrictamente jurídico, se hace patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS



soberano a favor del Poder Judicial (Cfr. Sentencia 023-2003-PI/TC y 0004-2006-PI). Adviértase también, que el propio dispositivo constitucional contempla dos expresas excepciones al principio de unidad de la función jurisdiccional. Así, además de la justicia ordinaria, están la jurisdicción militar y la jurisdicción arbitral.

16. En relación al arbitraje, ha precisado este Tribunal que:

[...] el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10).

17. Consecuentemente, ha destacado que:

[...] reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14).

18. Es decir, que el arbitraje se constituye como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que de ningún modo desplaza al Poder Judicial en su función de administrar justicia y que está previsto solo para conocer y resolver controversias relacionas con materias de carácter disponible, conforme a ley. En consecuencia, existe un conjunto de materias que, por su naturaleza, no pueden ser ventiladas en el fuero arbitral. Entre ellas, se encuentran evidentemente comprendidas las que tienen que ver con la defensa de los derechos fundamentales, cuya protección se realiza a través de los procesos constitucionales, que son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, según lo encomendado por el legislador constituyente (Cfr. artículos 200 y siguientes de la Constitución).
19. A mayor abundamiento, el carácter disponible de la materia arbitrable está regulado en el artículo 2, numeral 1, del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, vigente desde hace unos años en nuestro país; y que literalmente señala:

Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen [...]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

En tal sentido, no cabe duda acerca de la materia arbitrable. Esta en lo esencial tiene que ver con derechos de contenido patrimonial que, por su naturaleza, son de libre disponibilidad.

20. En ese orden de ideas, este Tribunal, que es máxima instancia de protección en materia de derechos fundamentales y, por tanto, orientador del sistema de justicia constitucional en nuestro país, debe precisar que si bien cabe proponer la excepción de convenio arbitral en los procesos constitucionales tales como el amparo, estas únicamente pueden ser amparadas si es evidente que se pretende someter a la justicia constitucional una controversia que carece completamente de relevancia constitucional, por estar en discusión derechos de libre disponibilidad o aspectos de los derechos fundamentales que no pertenecen a su contenido constitucionalmente protegido. Por lo tanto, no procede estimar tal excepción por el simple hecho de que se haya pactado un convenio arbitral o, incluso, este sea aplicable de acuerdo a ley.

21. Se trata, entonces, de verificar en cada caso concreto: i) la existencia de un convenio arbitral vigente y las materias que en este se someten al arbitraje, no pudiendo someterse la controversia que surja en relación a derechos indisponibles; ii) lo que pretende el accionante en su demanda, los derechos que invoca y los actos concretos que alega como violatorios o amenazantes de los mismos; y iii) si lo pretendido pertenece al ámbito constitucionalmente protegido del derecho o de los derechos que invoca como efectivamente vulnerados o amenazados o si solo se trata de una controversia relacionada con aspectos no protegidos o con derechos de libre disposición y que, por ende, carecen de sustento constitucional directo. Ante cualquier duda que pudiera llegar a producirse, recuerda este Tribunal, que debe favorecerse la continuación del trámite del proceso constitucional antes que optarse por su conclusión, conforme lo dispone el tercer párrafo del Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

22. En el presente caso, si bien existe un convenio arbitral, la parte demandante alega la amenaza de violación a sus derechos invocados, afirma también que esta amenaza se ha materializado con las Cartas TL-ULOG-CO-6200-2011, TL-UPRY-238-2011, 291010-CG-0081, TL-GOTL-SPTC-0174-2011, así como con la Resolución de Unidad de Proyectos N.º TL-GOTL-0009-2011-PP, pues los contratos suscritos con Petroperú están en riesgo de ser resueltos o, en algún caso, ya se ha dispuesto su nulidad, en razón a que el Gerente General de Vulcano y representante de Consorcio Alfa, don Jorge Sullón Barrientos, es hermano de don Wilfredo Sullón Barrientos, quien trabaja como Operador 1 en Servicios Industriales, con 37 años de servicio, en Petroperú, por lo que de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado las citadas empresas se encontrarían impedidas para contratar con la demandada.

23. En opinión de este Colegiado, la causa es relevante constitucionalmente, pues se encuentran involucrados derechos fundamentales (particularmente, la libertad de



contratación), por la aplicación de las normas que regulan los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en los procesos de contratación pública que realice el Estado. En otros términos, el caso *sublitis* no se trata de uno en el que se quieran ventilar controversias surgidas en la etapa de ejecución de los contratos o que versen sobre la interpretación de alguna de sus cláusulas, por ejemplo. No se trata de conflictos derivados de la relación contractual sino de la aplicación de normas que restringen derechos y que, por consiguiente, han puesto en riesgo derechos que son indisponibles, razón por la cual, la excepción propuesta debe ser rechazada. En efecto, lo pretendido pertenece al ámbito constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales invocados, por lo que no puede ser sometido a un proceso arbitral, más aún cuando el acto denunciado como lesivo es una amenaza, pretensión respecto de la cual no existe una vía igualmente satisfactoria al amparo, razón por la cual corresponde a la jurisdicción constitucional conocer de la demanda.

24. En tales circunstancias, correspondería anular el pronunciamiento de la instancia anterior en atención a lo dispuesto por el artículo 20 del Código Procesal Constitucional, y disponer al juez de primer grado que emita una sentencia sobre el fondo; sin embargo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en virtud de los principios de economía y celeridad procesal, este Tribunal considera que resulta innecesario hacer transitar nuevamente al demandante por la vía judicial, dado que de la revisión de los actuados, se aprecia la existencia de suficientes elementos de juicio que posibilitan emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la controversia constitucional planteada, tanto más cuando la parte emplazada ha contestado la demanda (f. 599 y 678), ha participado activamente en el trámite del proceso (f. 814, 822, 838, 829, 942). Asimismo, ha sido notificada oportunamente con la resolución que concedió el recurso de apelación (f. 955 a 957) y la resolución que concedió el recurso de agravio constitucional (f. 1023), garantizándose de este modo el resguardo de su derecho de defensa.

25. Cabe precisar que este Tribunal únicamente se pronunciará respecto de los contratos 94351-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA, dado que, según se aprecia del acta de recepción de obra de fojas 509, el contrato 88789-YF-OBRA fue ejecutado en su totalidad al 16 de diciembre de 2011 y recepcionado por Petroperú el 19 de diciembre de 2011, habiendo cesado en este extremo la afectación denunciada, razón por la cual corresponde declarar improcedente la demanda en este extremo en aplicación, a *contrario sensu*, del párrafo segundo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Normas que regulan impedimentos en la contratación pública

26. Conviene recordar que, de acuerdo con la Constitución Política del Perú, se reconocen algunas normas que ya sea por la vía directa o indirecta regulan



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

impedimentos en la contratación con el Estado. Así, el párrafo segundo y tercero de su artículo 92 sostiene:

La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.

La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

27. Por su parte, el artículo 201 de la misma norma fundamental, al referirse al *estatus* en el que se encuentran los Magistrados del Tribunal Constitucional, establece que

(...) Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades.

28. En el ámbito de la legislación infraconstitucional, el artículo 10 del derogado Decreto Legislativo 1017 o Ley de Contrataciones del Estado, estableció un número bastante amplio y detallado de supuestos de incompatibilidad a los efectos de ser postor o contratista en procesos que tengan por objetivo contratar con el Estado. De acuerdo con ello, el artículo 10 de la citada ley contempló los siguientes impedimentos para ser postor y/o contratista:

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

- a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos;
- b) En el ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Presidentes, Vicepresidentes y los Consejeros de los Gobiernos Regionales;
- c) En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores;
- 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;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

- e) En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión;
- f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- g) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, 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) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, 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) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, 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 como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;
- 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.

Las propuestas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por no presentadas. Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos, 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.



29. Cabe destacar que la vigente Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, en su artículo 11 –modificado por la Ley 30689 y el Decreto Legislativo 1444, reitera un listado similar de impedimentos para ser postor y/o contratista del Estado. Así, se encuentran los siguientes impedimentos:

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo.

b) Los Ministros y Viceministros de Estado en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta (12) meses después y solo en el ámbito de su sector.

c) Los Gobernadores, Vicegobernadores y Consejeros de los Gobiernos Regionales. En el caso de los Gobernadores y Vicegobernadores, el impedimento aplica para todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. En el caso de los Consejeros de los Gobiernos Regionales, el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

d) Los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y los Regidores. Tratándose de los Jueces de las Cortes Superiores y de los Alcaldes, el impedimento aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. En el caso de los Regidores el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

e) Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, y los gerentes de las empresas del Estado. El impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de culminado el mismo hasta doce (12) meses después sólo en la entidad a la que pertenecieron. Los directores de las empresas del Estado y los miembros de los Consejos Directivos de los organismos públicos del Poder Ejecutivo se encuentran impedidos en el ámbito de la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de haber culminado el mismo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

f) Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses.

g) En el proceso de contratación correspondiente, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en cualquiera de las siguientes actuaciones: i) determinación de las características técnicas y/o valor referencial o valor estimado, ii) elaboración de documentos del procedimiento de selección, iii) calificación y evaluación de ofertas, y iv) la conformidad de los contratos derivados de dicho procedimiento, salvo en el caso de los contratos de supervisión. Tratándose de personas jurídicas el impedimento le alcanza si la referida intervención se produce a través de personas que se vinculan a esta.

h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:

(i) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas;

(ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

(iii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en el literal e), el impedimento se configura en la Entidad a la que pertenecen estas personas mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

(iv) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales f) y g), el impedimento tiene el mismo alcance al referido en los citados literales.

i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.

j) En el ámbito y tiempo establecido para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.

k) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las citadas personas.

l) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado.

m) En todo proceso de contratación, las personas condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países. El impedimento se extiende a las personas que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.

n) En todo proceso de contratación, las personas jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas que (i) hubiesen sido condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países; o, (ii) directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente. Tratándose de consorcios, el impedimento se extiende a los representantes legales o personas vinculadas a cualquiera de los integrantes del consorcio.

o) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión, o testafierro, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.

p) En un mismo procedimiento de selección las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico, conforme se define en el reglamento.

q) En todo proceso de contratación, las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI), sea en nombre propio o a través



de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa. Asimismo, las personas inscritas en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional y en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, por el tiempo que establezca la ley de la materia; así como en todos los otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado.

r) Las personas jurídicas nacionales o extranjeras que hubiesen efectuado aportes a organizaciones políticas durante un proceso electoral, por todo el período de gobierno representativo y dentro de la circunscripción en la cual la organización política beneficiada con el aporte ganó el proceso electoral que corresponda.

s) En todo proceso de contratación y siempre que cuenten con el mismo objeto social, las personas jurídicas cuyos integrantes formen o hayan formado parte en la fecha en que se cometió la infracción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. El impedimento también es aplicable a la persona jurídica cuyos integrantes se encuentren sancionados administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. Para estos efectos, por integrantes se entiende a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento es aplicable siempre que su participación individual o conjunta sea superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.

t) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que se encuentren comprendidas en las Listas de Organismos Multilaterales de personas y empresas no elegibles para ser contratadas.

11.2 El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo conlleva las consecuencias y responsabilidades establecidas en la Ley.

30. Adviértase entonces, que la norma vigente (Ley 30225 y sus modificatorias) reitera similares impedimentos a los establecidos por el derogado Decreto Legislativo 1017, para la contratación con el Estado.

Análisis de la Controversia en el marco de la Ley de Contratación Pública

31. Como puede apreciarse, la ley de contrataciones del Estado no solo desarrolla un régimen de incompatibilidades aplicable a las autoridades o funcionarios que, de alguna forma, representan o ejercen funciones para el Estado, sino que incorpora un amplio catálogo de situaciones que sin encontrarse referido a la condición de quienes, de alguna forma, participan directamente en el Estado, generan igualmente condiciones de impedimento a los efectos de participar en los procesos de contratación pública.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

32. Considera este Tribunal, que aunque no es cuestionable que los procesos de contratación que ofrece el Estado deben manejarse con sujeción a los principios de interés general, transparencia y buena fe, y en función a ello, establecerse restricciones para todos aquellos que puedan participar en los mismos, dichas restricciones deben tener una base elementalmente razonable y no ser enunciadas de modo abierto o indeterminado, tanto más cuando nuestra Constitución reconoce un modelo económico que privilegia la inversión privada y, dentro de dicho marco, un amplio catálogo de libertades económicas, ocupando un papel central dentro de las mismas, el derecho de toda persona a participar en forma individual o asociada en la “vida económica de la Nación” (Artículo 2, inciso 17).
33. Efectivamente, nuestra Constitución Política de 1993, propugna un modelo de economía social de mercado en el que se incentiva la libre iniciativa por un lado y, por el otro, un Estado que, en aras de lograr su pleno desarrollo, actúa en las áreas de promoción del trabajo, la salud, la educación, la seguridad los servicios públicos y la infraestructura (Artículo 58). Ello supone, entre otras cosas, fomentar las libertades económicas de todas las personas (libertad de trabajo, libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de industria) y al mismo tiempo crear condiciones para el acceso a todo tipo de actividad donde las mismas puedan ser plenamente ejercitadas, incluidas por supuesto las que, desde el mismo Estado, puedan brindarse.
34. Especial tratamiento por ello, es el que merece el anteriormente mencionado derecho a la participación en forma individual o asociada en la vida económica de la Nación, atributo que, como lo recuerda el profesor Jorge Danós Ordoñez, es individualizable a partir de una concepción abierta o extensiva del llamado derecho a la participación que no solo tiene desde el punto de vista material una vertiente o contenido específicamente político, como algunos erróneamente lo interpretan, sino otro tipo de especificaciones descritas a lo largo del texto constitucional (Cfr. “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”; Revista de Derecho Administrativo, N.º 1, Año 2006). Dicha variante de participación permitiría ser entendida tanto desde el punto de vista estrictamente privado o corporativo, como desde una perspectiva mixta, precisamente verificable cuando sea el Estado el que canalice la misma a través de diversas actividades, entre las que por supuesto figuran los procesos de contratación pública.
35. El problema con el que sin embargo nos enfrentamos, que es el que plantean casos como el presente, reside en el hecho de verificar hasta qué punto resulta congruente una proclama en la que, por un lado, se invoca un Estado de economía social de mercado, que fomenta la libre iniciativa y los distintos niveles de participación, entre los que por supuesto se encuentra la participación económica, y, por otro, se reconocen procesos de contratación pública en los que el reglamentarismo y la



exigencia de condiciones restrictivas termina por desincentivar finalidades como las antes descritas.

36. Precisamente, el profesor Christian Guzmán Napurí, comentando la Ley de Contrataciones del Estado y el amplio catálogo de restricciones existentes al respecto, señala al respecto que "...varios de dichos impedimentos muestran claras inconsistencias, siendo su aplicación muy controvertida, puesto que a los mismos debe aplicarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que la afectación sea la más restringida posible, teniendo en cuenta además que no pueden ampliarse los impedimentos empleando interpretaciones extensivas o analógicas" (Cfr. Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis de la ley y su reglamento. Gaceta Jurídica. Lima. 2015, pág. 209)

37. En este contexto, llama la atención que, sin la menor base objetiva, nuestra administración pública haya venido asumiendo como legítimas la totalidad de las restricciones contenidas en los incisos d), f) e i) del Decreto Legislativo 1017, bajo pretexto de la existencia de lazos de consanguinidad o afinidad entre quienes tienen la condición de postores o contratistas y quienes de alguna forma pertenecen a las empresas o entidades vinculadas al proceso de contratación.

38. Que pueda establecerse una limitación de esta naturaleza cuando existen lazos de parentesco en quienes directamente han de encargarse o tengan poder de decisión sobre los procesos de contratación, puede entenderse como perfectamente justificable y, en tal sentido, hace bien la norma en establecer prohibiciones de participación al respecto, pero que la misma lógica se asuma incluso y por el solo hecho de existir vínculos de parentesco con quienes tengan la condición de simples trabajadores de la empresa o entidad involucrada, resulta abiertamente arbitrario, pues no solo valida una presunción inaceptable en relación con la buena fe de los que participan, sino que castiga innecesariamente a toda persona natural o jurídica, que pretendiendo participar en la vida económica del país a través de un proceso de contratación con características abiertas, tenga que cargar con la consecuencia, a todas luces desproporcionada, de verse vetada de plano por tener un familiar con el que incluso podría o no tener vínculos plenamente consolidados.

39. En el caso de autos, es precisamente la situación descrita la que se viene cuestionando, ya que so pretexto de la relación de parentesco entre don Wilfredo Sullón Barrientos –trabajador de Petroperú por espacio de 37 años– y don Jorge Sullón Barrientos –gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa– se ha procedido a aplicar sobre ambas empresas y sin el mayor discernimiento ponderativo, las restricciones contenidas en los incisos d), f) e i), en la lógica de encontrarse bajo sus alcances, disponiéndose correlativamente la nulidad de oficio de los diversos contratos vinculados con los procesos en los que aquellas participaron.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS

40. Este Tribunal entiende que una cosa son las razones objetivas que justifican plenamente una eventual restricción para participar en un concurso público y otra totalmente distinta, las presunciones basadas en sospechas o simples conjeturas. Asumir que es la mala fe la que guía los patrones de conducta de los ciudadanos es identificarse con un modelo de Estado en el que se acepta como axioma que todas las personas son presumiblemente propensas a cometer delitos o infracciones administrativas, cuando se supone que debería ser exactamente al revés. La promoción y fortalecimiento de valores como la transparencia y honestidad no se hace pues a costa de cualquier fórmula, tanto más cuando, como ocurre en el presente caso, se encuentran involucrados diversos derechos fundamentales y la perspectiva de un modelo económico abierto.
41. En otros términos, en el caso concreto, el establecer un impedimento de contratación entre una empresa del Estado y una empresa particular en función a una verificación mecánica de la existencia de un vínculo de consanguinidad sin tener en cuenta la concreta incidencia que podría tener dicho vínculo en un proceso de contratación determinado resulta irrazonable y desproporcional. En el caso de autos, no se advierte que el vínculo de consanguinidad existente entre don Wilfredo Sullón Barrientos – Trabajador de Petroperú por 37 años, quien no ostenta cargo directivo o con potestad de inferencia en los procesos de contratación de dicha empresa- y don Jorge Sullón Barrientos – gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa-, implique un potencial peligro para la salvaguarda del principio de transparencia que debe regir en las contrataciones del Estado.
42. De lo que se trata en el fondo, y hay que reiterarlo, es de fomentar un estado en el que prime la cultura de la buena fe y la vocación de participar dentro de condiciones que, si bien resulten cuidadosas de los intereses del Estado, resulten al mismo tiempo plenamente compatibles con los derechos de la persona, sea esta individual, sea esta colectiva. En ese sentido, el criterio de prohibir la contratación cuando el funcionario tiene poder decisión o injerencia en la misma, es el que brinda las condiciones para participar en la vida económica de la Nación y ejercer las demás libertades afines.
43. Bajo la lógica descrita está claro que la aplicación de las normas cuestionadas, efectuada sin tener en cuenta que en el caso *sub litis* el señor Wilfredo Sullón Barrientos no tenía injerencia en la contratación, resulta abiertamente arbitraria y lesiva de los derechos invocados, por lo que debe estimarse la demanda, correspondiendo restituir la eficacia de los derechos afectados.
44. En consecuencia, se debe declarar la inaplicabilidad de los literales d), f) e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, a las empresas demandantes, por resultar lesivos de su libertad de contratación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC
SULLANA
VULCANO S.R.L. Y OTROS

Efectos de la sentencia

45. Mediante la Carta SOTL-0063-2018 de fecha 9 de abril de 2018, la parte emplazada ha informado que el Contrato 94351-YF-OBRA, con posterioridad a su anulación, fue sometido a concurso, suscribiéndose el Contrato 108182 YF. En la actualidad, el objeto del referido contrato ya fue cumplido, siendo que inclusive, ya se ha producido la entrega y recepción de la obra. Teniendo en cuenta ello, a la fecha ya no es posible disponer la ejecución del contrato solicitado.
46. Con relación al Contrato 89394-ZF-OBRA, la parte emplazada ha informado que mediante Resolución de Superintendencia Mantenimiento N° TL-SPMT-009-2012-PP, se declaró la nulidad de oficio del citado contrato, procediéndose a liquidar la obra. Pese a ello, también señala que "no se encuentra pendiente de licitación, pública". Al respecto y tomando en cuenta las características de una licitación pública, este Tribunal considera que dado el transcurso del tiempo desde que se anuló el referido contrato, en la actualidad no puede restituirse la eficacia de sus términos, pues no es posible determinar si la parte emplazada aun requiera de la realización del objeto del contrato (Servicio de trabajos menores de mantenimiento de bases y estructura en operaciones Talara).
47. En tal sentido, pese a que la norma cuestionada resulta inconstitucional y corresponde restituir la eficacia de los derechos invocados a favor de la parte demandante a fin de que en lo sucesivo se le permita contratar con el Estado, ello no puede disponerse en el caso de los Contratos 94351-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA, conforme se ha precisado en los fundamentos 44 y 45. Por lo tanto, corresponde disponer que la entidad demandada no vuelva a incurrir en las mismas acciones que motivaron la interposición de la demanda.
48. Finalmente, dado que los efectos de la presente sentencia se encuentran vinculados con la normatividad aplicable en los procesos de licitación pública del Estado, corresponde notificar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado con la presente sentencia para su conocimiento y fines pertinentes.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración al derecho fundamental a la libre contratación.
2. Declarar **INAPLICABLE** a Vulcano SRL y Consorcio Alfa los incisos d), f) e i) del artículo 10 del derogado Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, vigente al momento de los hechos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC

SULLANA

VULCANO S.R.L. Y OTROS



3. Declarar que Vulcano SRL y Consorcio Alfa pueden participar en las licitaciones públicas convocadas por Petroperú SA, sin que la relación de parentesco entre don Jorge Sullón Barrientos y don Wilfredo Sullón Barrientos sea causal de impedimento, siempre y cuando este último no tenga ningún poder de decisión, participación o de interferencia en los procesos de contratación de Petroperú SA.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene, conforme a lo precisado en el fundamento 25 *supra*.
5. Notificar la presente sentencia al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para su conocimiento y fines pertinentes.

Publíquese y Notifíquese

SS.

BLUME FORTINI

RAMOS NUÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC
SULLANA
VULCANO S.R.L. Y OTROS



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Si bien comparto el sentido de los cinco puntos resolutivos de la sentencia, formulo el presente fundamento de voto a fin de precisar las razones que me llevan a declarar fundada en parte la demanda de autos.

En primer lugar, como bien se precisa, en el caso de autos corresponde declarar improcedente la demanda respecto del Contrato 88789-YF-OBRA, por haber operado la sustracción de la materia. Por lo que, la decisión de fondo se circunscribe a los Contratos 94351-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA, respecto de los cuales corresponde un pronunciamiento de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, la parte demandante solicita que la entidad demandada les inaplique el artículo 10 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, en el extremo en que las empresas demandantes estarían impedidas de contratar con Petroperú, empresa del Estado, por el vínculo de parentesco existente entre don Wilfredo Sullón Barrientos -trabajador de Petroperú por 37 años- y don Jorge Sullón Barrientos -gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa. En ese sentido, piden que se declare la plena validez y vigencia hasta su total ejecución de los Contratos 94351-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA, así como la nulidad de aquellas cartas y todo acto que esté dirigido a dejar sin efecto los referidos contratos. Se alega la vulneración de sus derechos a la libertad de contratación y de trabajo.

El análisis del presente caso se circunscribe a la verificación de la presunta vulneración de la libertad de contratación, pues de la demanda no se advierten alegaciones constitucionalmente relevantes respecto de la libertad de trabajo invocada.

Sobre la presunta vulneración del derecho a la libertad de contratación, de autos se aprecia que la demandada asumió que la relación de parentesco entre don Wilfredo Sullón Barrientos -trabajador de Petroperú por 37 años- y don Jorge Sullón Barrientos -gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa-, imposibilitaba cualquier contratación entre las empresas mencionadas y Petroperú, por lo que dispuso la nulidad de oficio de los mismos. Ello, a partir de una interpretación sistemática de los literales d), f), e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017 vigente en ese momento. Esta interpretación fue, por lo demás, previamente adoptada en Resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado (Resolución N° 1604-2011-TC-S2, de fecha 14 de octubre de 2011). Los precitados literales establecían lo siguiente:

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

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

[...]

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;

[...]

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

[...]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC
SULLANA
VULCANO S.R.L. Y OTROS



i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, 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 como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;

[...]

Como es evidente, dicha interpretación sistemática establece un límite al derecho a la libertad de contratación de las empresas demandantes, establecida en el inciso 14 del artículo 2, y el artículo 62 de la Constitución, concretamente en el ámbito referido a la autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante, contenido constitucional reconocido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional [STCs 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados), fundamento 8]. Lo que corresponde, sin embargo, es verificar si tal limitación se encuentra justificada constitucionalmente.

De la redacción de las disposiciones implicadas, así como de los principios recogidos en el artículo 4 del precitado Decreto Legislativo 1017 (moralidad, libre concurrencia y competencia, imparcialidad y transparencia), se aprecia que la finalidad perseguida por tales prohibiciones era la de garantizar que los procesos de contrataciones con el Estado se lleven a cabo con arreglo a pautas de transparencia, honradez, probidad e imparcialidad, es decir que, toda contratación se realice en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.

Es en ese sentido que los literales d), f), e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017 trataron de abarcar un amplio catálogo de impedimentos de contratación entre particulares y el Estado, entre los cuales, se incluyó una diversidad de vínculos de consanguinidad y afinidad respecto de los trabajadores de las empresas del Estado. Ahora bien, aunque la finalidad perseguida cuenta con respaldo constitucional en el principio de transparencia, el cual coadyuva a combatir los índices de corrupción en el Estado (Sentencia 00565-2010-HD/TC, fundamento 5), cabe indicar que, en el caso de autos se aprecia que el impedimento de contratación establecido a las empresas demandantes no supera el test de proporcionalidad, concretamente el sub principio de necesidad, tal y como se explicará a continuación.

Los impedimentos establecidos en los literales d), f), e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017, que prohíben de forma general a los familiares de un trabajador de una empresa del Estado -dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad- cualquier contratación con dicha empresa, resultan en principio una medida idónea para garantizar el principio de transparencia, pues se verifica que la medida de prohibición persigue el objetivo constitucionalmente legítimo antes indicado y, asimismo, existe una relación de causalidad entre el medio adoptado (impedimento de contratación) y el fin propuesto (garantía del principio de transparencia) (STC 00045-2004-AI/TC, fundamento 38). Al no existir posibilidad de contratación se evitarían potenciales conflictos de intereses o cualquier tratamiento preferente.

Sin embargo, la medida no resulta necesaria, por lo menos, en el caso concreto. Lo que se verifica en el análisis de necesidad es si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata de una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 07798-2013-PA/TC
SULLANA
VULCANO S.R.L. Y OTROS



comparación entre medios: el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. En el presente caso se aprecia que existen medios alternativos que, siendo igualmente idóneos, implican una limitación menor al derecho a la libertad de contratación. Así, por ejemplo, la vigencia del principio de transparencia en los procesos de contratación con el Estado se ve igualmente garantizada si los impedimentos se circunscriben a aquellos vínculos de parentesco -dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad- respecto de aquellos trabajadores de las empresas del Estado que ostenten algún poder de dirección o decisión en los procesos de contrataciones de la empresa.

El establecer un impedimento de contratación entre una empresa del Estado y una empresa particular en función a una verificación mecánica de la existencia de un vínculo de consanguinidad sin tener en cuenta la concreta incidencia que podría tener dicho vínculo en un proceso de contratación determinado contraviene el subprincipio de necesidad. En ese sentido, en el caso de autos no se advierte que el vínculo de consanguinidad existente entre don Wilfredo Sullón Barrientos -trabajador de Petroperú por 37 años, quien no ostenta cargo directivo o con potestad de injerencia en los procesos de contratación de dicha empresa- y don Jorge Sullón Barrientos -gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa-, implique un potencial peligro para la salvaguarda del principio de transparencia que debe regir en las contrataciones con el Estado.

En consecuencia, tal como se indica en la ponencia, corresponde declarar la inaplicabilidad de los literales d), f) e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, a las empresas demandantes, por resultar lesivos de su libertad de contratación.

Sin perjuicio de ello, considero necesario precisar que si bien el artículo 1 del Código Procesal Constitucional faculta al juez constitucional a emitir pronunciamiento de fondo en una controversia en la que se haya producido la sustracción de la materia, dicho dispositivo establece que ello se hará en atención al agravio producido y que en caso se opte por declarar fundada la demanda se debe precisar los alcances de la decisión. En ese sentido, estimo que, además de declarar fundada en parte la demanda e inaplicable las disposiciones legales invocadas en su petitorio, corresponde disponer que la entidad emplazada no vuelva a incurrir en las mismas acciones, así como correr traslado de la presente sentencia al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

S.
RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

JANET OYÁRCOLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL