

OPINIÓN N° 018-2023/DTN

Entidad: Estudio Sergio Salinas Rivas Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada

Asunto: Impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista

Referencia: Formulario S/N de fecha 22.DIC.2023 – Consulta sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal del Estudio Sergio Salinas Rivas Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, señor Sergio Salinas Rivas, formula consultas referidas al alcance del término “apoderado” al que se refiere e impedimento previsto en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos y vinculadas entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444; así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N°2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a una situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377-2019-EF, D.S. N°162-2021-EF, y, D.S. N°234-2022-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿Cuáles son los alcances de la definición de apoderado de una persona jurídica para efectos de la determinación del impedimento previsto en el literal k) del artículo 11.1 de la Ley N°30225?” (Sic.)

2.1.1 En principio corresponde señalar que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, puede ser participante, postora contratista o subcontratista en las contrataciones que las Entidades convocan con la finalidad de abastecerse de bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones a fin de procurar la satisfacción del interés público; salvo que dicha persona se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos previsto en el artículo 11 de la Ley que restringen la participación de dichas personas en las contrataciones públicas debido a diferentes criterios tales como, el cargo público que ejercen, su relación de parentesco, su condición de sancionado, su injerencia directa en la toma de decisiones o participación en una persona jurídica, entre otros.

Cabe precisar que los impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista sólo pueden ser establecidos mediante ley. Asimismo, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico rige el Principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos¹, la aplicación de dichos impedimentos no puede extenderse a supuestos no contemplados en el artículo 11 de la Ley.

2.1.2 Realizadas las precisiones anteriores corresponde analizar el impedimento previsto en literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Al respecto el referido dispositivo normativo establece que independientemente del régimen de contratación aplicable, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley: “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. (...)” (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, en virtud del literal k) una persona jurídica se encontrará impedida de participar en los procesos de contratación pública, cuando las personas descritas en los literales del a) hasta el j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley tengan la calidad de integrantes de los órganos de administración, de apoderados o representantes legales. El alcance de este impedimento para la persona jurídica se determinará en función del alcance del impedimento que ostente la persona o personas con calidad de integrante de los órganos de administración, de apoderados o de representantes legales.

De ello se advierte que el impedimento contemplado en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, busca evitar que las personas que se encuentran impedidas de conformidad con lo dispuesto en los literales comprendidos entre el a) y el j) del precitado dispositivo normativo, participen en los procesos de

¹ El numeral 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú prevé que: *“El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos.”*

contratación a través de una persona jurídica respecto de la cual ejercen su representación legal o voluntaria, o, forman parte de los órganos que la constituyen.

- 2.1.3 En relación con lo señalado es importante indicar que la persona jurídica, como ente abstracto dotado de derechos y obligaciones, para el ejercicio de las funciones y atribuciones que le corresponden, requiere de la intervención de los órganos que la conforman, así como, de aquellas personas que la representan.

En efecto, a fin de vincularse jurídicamente con terceros, la persona jurídica –de acuerdo con la normativa de la materia y con sus normas de creación– forma su voluntad y la emite mediante los órganos que forman parte de su estructura interna; de ahí que tales órganos sean considerados como los representantes orgánicos, a través de los cuales, la persona jurídica obra directamente y en nombre propio.

Asimismo, además de la representación orgánica, la persona jurídica para ejercer sus funciones y atribuciones puede recurrir a la representación legal, en virtud de la cual el poder de representación no deriva de un acto voluntario sino de un dispositivo legal².

En ese sentido, la representación legal no requiere de la voluntad del representado, toda vez que emana de un mandato legal, el cual determina a las personas que ostentan tal posición y el alcance de esta.

A manera de ejemplo respecto de los tipos de representación antes desarrollados cabe citar el caso de las sociedades anónimas, que se encuentran reguladas por el Libro II de la Ley N°26887 “Ley General de Sociedades”.

Así pues, el artículo 172 de la Ley N°26887 señala que *“El directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general.”* De haberse dispuesto en el pacto social o en el estatuto que la sociedad no tenga directorio, el segundo párrafo del artículo 247 de la Ley N°26887 precisa que *“Cuando se determine la no existencia del directorio todas las funciones establecidas en esta ley para este órgano societario serán ejercidas por el gerente general.”*

Como se aprecia, en el caso de las personas jurídicas constituidas como sociedades anónimas, el directorio o el gerente general, según corresponda, se constituyen como sus representantes orgánicos y legales, en concordancia con lo previsto por la legislación de la materia.

- 2.1.4 Aunado a lo señalado, cabe precisar que además de la representación orgánica y legal para el ejercicio de sus funciones y atribuciones, la persona jurídica puede recurrir también a la **representación voluntaria** que permite al representado elegir al sujeto representante, de manera que el poder de representación deriva del negocio jurídico unilateral realizado por el representante.

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas. Lima: Gaceta Jurídica, p. 292.

En ese sentido, la representación voluntaria de la persona jurídica deviene de su propia voluntad para conferir determinadas facultades a otros sujetos para que la representen conforme a la normativa de la materia. Por tanto, este tipo de representación se fundamenta en el poder que concede voluntariamente una persona jurídica a otra persona –que puede, o no, formar parte de ella–, por medio del negocio jurídico del **apoderamiento**, que se enmarca en el ejercicio de la autonomía de la voluntad³.

En ese orden de ideas, la persona jurídica a través de sus órganos societarios –y siempre que sus normas de creación o las normas societarias lo permitan– puede designar apoderados otorgándoles facultades generales, o de naturaleza específica, de forma permanente o por un plazo determinado. Cabe precisar que las facultades otorgadas a los apoderados pueden –o no– estar directamente vinculadas a la conducción de las actividades que comprende el objeto social de la persona jurídica; no obstante, las actuaciones que realicen dichos apoderados deben enmarcarse dentro de los límites y facultades conferidas por la persona jurídica representada⁴.

En consecuencia, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado los apoderados a los que se refiere el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, serán aquellas personas que ostentan poderes para representar a una persona jurídica y proceder en su nombre de acuerdo con la voluntad emitida por ella mediante el negocio jurídico del apoderamiento, independientemente de la naturaleza de las facultades que le fueron otorgadas.

2.2 “Califican como apoderados las personas que actúen en nombre de persona jurídica para realizar trámites o gestiones de naturaleza administrativas, aun cuando las facultades otorgadas no tengan incidencia relevante en la conducción del negocio de la persona jurídica” (Sic.)

2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la persona jurídica a través de sus órganos societarios puede designar apoderados otorgándoles facultades generales, o de naturaleza específica, de forma permanente o por un plazo determinado, de acuerdo con lo dispuesto en las normas societarias para tales efectos. Cabe precisar que las facultades otorgadas a los apoderados pueden –o no– estar directamente vinculadas a la conducción de las actividades que comprende el objeto social de la persona jurídica; no obstante, las actuaciones que realicen dichos apoderados deben enmarcarse dentro los límites y facultades conferidas por la persona jurídica representada.

En consecuencia, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado los apoderados a los que se refiere el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la

³ De conformidad con lo señalado en la Resolución N°569-2011-SUNARP-TR-L emitida por el Tribunal Registral.

⁴ En este punto es necesario indicar que, a diferencia de la representación orgánica, en mérito de la representación voluntaria, el apoderado representante de la persona jurídica actúa en nombre de otro, sin embargo, los efectos jurídicos del negocio por él realizado se despliegan en la esfera de su representada. En otras palabras, en la representación voluntaria, el apoderado declara su propia voluntad, es decir, emite su propia declaración de voluntad, no obstante, los efectos jurídicos de su declaración recaen en la esfera jurídica de la persona jurídica representada.

Ley, serán aquellas personas que ostentan poderes para representar a una persona jurídica y proceder en su nombre de acuerdo con la voluntad emitida por ella mediante el negocio jurídico del apoderamiento, independientemente de la naturaleza de las facultades que le fueron otorgadas.

3. CONCLUSIÓN

- 3.1 En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, los apoderados a los que se refiere el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, serán aquellas personas que ostentan poderes para representar a una persona jurídica y proceder en su nombre de acuerdo con la voluntad emitida por ella mediante el negocio jurídico del apoderamiento, independientemente de la naturaleza de las facultades que le fueron otorgadas.

Jesús María, 31 de enero de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH.