

## OPINIÓN N° 023-2022/DTN

Entidad: Contraloría General de la República

Asunto: Aplicación del impedimento previsto en el literal o)

Referencia: Formulario S/N de fecha 22.FEB.2022 – Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Subgerente de Atención de Denuncias de la Contraloría General de la República, formula consultas referidas a la aplicación de los impedimentos previstos en los literales i) y o) 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<sup>1</sup> 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 y D.S N°162-2021-EF.

---

<sup>1</sup> En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°3 del TUPA del OSCE “Consultas de entidades públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que las consultas N°03, N°04 y N°5 no se encuentran referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que buscan que a partir de una situación particular, este Organismo Técnico Especializado determine si dos personas jurídicas derivan de otra persona impedida, a fin de establecer si se encontrarían impedidas de participar en los procesos de contratación en virtud de lo establecido en el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, razón por la cual no serán absueltas mediante opinión.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1 “Si el impedimento señalado en el literal i) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley N°30225 resulta aplicable a aquella persona jurídica que tiene como accionista mayoritario (99% y 100% de acciones) a otra persona jurídica impedida para contratar con el Estado a razón de que supera el treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social como accionista, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección” (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, postor 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, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones, 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 derechos<sup>2</sup>, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.

2.1.2 Realizadas las precisiones anteriores y a propósito de la consulta formulada corresponde analizar el impedimento previsto en literal i) 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 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”(El subrayado es agregado).

Como se aprecia, el referido literal i) solo ha previsto que 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 h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley tengan o hayan tenido –dentro de los últimos doce meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección– una participación individual

<sup>2</sup> 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.”

o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del patrimonio o capital social de dicha persona jurídica. El alcance de este impedimento para la persona jurídica se determinará en función del alcance del impedimento que ostente la persona o personas que –de manera individual o conjunta– participen con más del treinta por ciento (30%) de su capital o patrimonio social.

Ahora bien, los literales desde el a) hasta el h) del artículo 11 de la Ley, enuncian una serie de personas naturales y jurídicas que se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas. Entre las personas naturales impedidas se encuentran –entre otros– el Presidente, los Congresistas, los titulares y miembros del órgano colegiado de los Organismo Constitucionales Autónomos, los Ministros de Estado, los magistrados, los funcionarios y servidores públicos, así como aquellas personas que intervengan en distintas fases de la contratación. En cuanto a las personas jurídicas, se advierte que únicamente el literal g), mediante cuatro supuestos, prevé la posibilidad de que una persona jurídica se encuentre impedida en un proceso de contratación debido a la intervención de las personas que se vinculan a ella, en las diferentes fases de dicho proceso de contratación.

En ese sentido, en virtud del literal i) una persona jurídica, se encontrará impedida de ser participante, postor, contratista o subcontratista cuando entre sus integrantes contemple a otra(s) persona(s) jurídica(s) que se encuentre impedida conforme a lo establecido en el literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley y esta tiene o ha tenido –dentro de los últimos doce meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección– una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del patrimonio o capital social de aquella persona jurídica.

**2.2 “Si en el supuesto de que una empresa “A” impedida de contratar con el Estado a razón del literal i) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley N°30225, sea accionista mayoritario (99% y 100% de acciones respectivamente) de las empresas “B” y “C” y además éstas tengan el mismo objeto social de la empresa “A”, ¿se configura el impedimento señalado en el literal o) del artículo 11 de la normativa de contrataciones del Estado al evidenciarse que la empresa “A” opera a través de las empresas “B” y “C” que contratan con el Estado”? (Sic.)**

2.2.1 El literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas o subcontratista, independientemente del régimen legal de contratación aplicable, *“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 testamento, 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.”*

Al respecto, cabe señalar que la finalidad que justifica la previsión de este impedimento es evitar que una persona que haya sido sancionada con inhabilitación o se encuentre impedida para contratar con el Estado, eluda tales condiciones valiéndose de diversas maniobras jurídicas.

Dicha finalidad puede verse reflejada en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N°1341 que señala lo siguiente: “Con esta disposición **se busca comprender dentro del alcance del impedimento a aquellas personas por intermedio de las cuales una persona impedida o inhabilitada, valiéndose de un ropaje o formalidad jurídica, busque evadir los alcances y las consecuencias de su impedimento**”.

2.2.2 Precisada su finalidad, corresponde desarrollar las condiciones necesarias que determinan la configuración del impedimento regulado en literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Así pues, el referido impedimento, supone la existencia de dos personas, una que se encuentra impedida o inhabilitada para participar en los procesos de contratación desarrollados por las entidades públicas, y otra persona respecto de la cual se analiza si se encuentra impedida, o no.

En tal contexto, la segunda persona se encontrará impedida para ser participante, postora, contratista o subcontratista, siempre que en mérito a distintas circunstancias comprobables, pueda calificársele como una **continuación, derivación, sucesión, testafarro o que se encuentra controlada efectivamente por la primera persona impedida o inhabilitada**. Tal calificación se realizará independientemente del medio o la maniobra jurídica que utilice la persona impedida o inhabilitada para evitar tales condiciones (de impedida o inhabilitada); es decir, no importará si para dichos efectos se utilizó, por ejemplo, alguna de las formas de reorganización societaria que ha contemplado la normatividad vigente de la materia, tales como la transformación, fusión, escisión u otras similares.

Ahora bien, la normativa de contrataciones del Estado no define de manera expresa cada una de las calificaciones antes mencionadas; sin embargo, ello no implica que tales términos no puedan ser dotados de contenido.

Así, de acuerdo con las definiciones brindadas por la Real Academia de la Lengua Española por **“continuación”**<sup>3</sup> puede entenderse a la capacidad de *“permanecer, seguir o extenderse”*; mientras que el término **“derivación”**<sup>4</sup> se refiere a aquello que *“se obtiene de otro”*; asimismo, por **“sucesión”**<sup>5</sup> se puede entender a la *“sustitución de alguien en un lugar o en el desempeño de una función”*. Por su parte, el término **“testafarro” es definido por** Diccionario Jurídico Elemental<sup>6</sup> como aquel que *“presta su nombre o aparece como parte en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, que en verdad corresponde a otra persona”*. En cuanto al **“control efectivo”**, de acuerdo con el criterio contenido en la opinión 187-2019/DTN, éste puede entenderse como *“la capacidad de dominio real que tiene una persona impedida o inhabilitada sobre otra, lo cual implica que –en los hechos– pueda dirigir o determinar las decisiones de esta última”*.

<sup>3</sup> Conforme a la segunda y tercera acepción del término “continuar” previsto en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española. Información recuperada de: <https://dle.rae.es/continuar>

<sup>4</sup> Conforme a la tercera acepción del término “derivado, da” previsto en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española. Información recuperada de: <https://dle.rae.es/derivado>

<sup>5</sup> Conforme a la tercera acepción del término “sucesión” previsto en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española. Información recuperada de: <https://dle.rae.es/sucesi%C3%B3n>

<sup>6</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”, Heliasta, p.411.

En ese sentido, la calificación de “continuación”, “derivación”, “sucesión”, “testaferro” y “control efectivo”, en los términos previstos en el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de Ley, debe entenderse como la capacidad que tiene una persona impedida o inhabilitada para perpetuarse a través de otra, o para dirigir o determinar las decisiones de ella.

Por tanto, una persona natural o jurídica estará impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista, en virtud del literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en la medida que se determine mediante circunstancias objetivas y comprobables, que es una extensión de otra persona impedida o inhabilitada, que sustituye o proviene de esta última, que actúa por interpósita persona, o, que sus decisiones son determinadas por ella, independientemente del medio o maniobra jurídica utilizada para tales efectos.

Cabe precisar que, conforme a lo establecido en el referido impedimento, la calificación de “continuación”, “derivación”, “sucesión”, “testaferro” o de “estar controlada efectivamente” por una persona impedida o inhabilitada –*en los términos señalados en esta opinión* –, deberá ser determinada a partir de: (i) las personas que representan, constituyen o participan en el accionariado de la persona cuyo análisis de impedida se realice; o también (ii) de cualquier otra circunstancia comprobable.

2.2.3 Ahora bien, a propósito de la consulta formulada corresponde analizar “la participación en el accionariado” de una persona jurídica como una circunstancia a partir de la cual se puede determinar que dicha persona jurídica se encuentra impedida de participar en los procesos de contratación, debido a que se trata de una continuación, derivación, sucesión, testaferro o que está controlada efectivamente por otra persona jurídica que tiene la condición de impedida o inhabilitada.

Al respecto, es importante señalar que de conformidad con el artículo 82 la Ley N°26887, Ley General de Sociedades, las acciones representan partes alícuotas del capital social de la sociedad; es decir representan la propiedad que el accionista tiene de la sociedad. En tal contexto, “*la participación en el accionariado*” a la que se refiere el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley puede identificarse como la participación de los accionistas en el capital social de una persona jurídica.

En ese sentido, para determinar si en mérito al literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, una persona jurídica se encuentra impedida de ser participante, postor, contratista o subcontratista, en razón de las personas que participan en su accionariado, corresponderá evaluar la participación de los accionistas del capital social, a fin de establecer que esta resulta **suficiente** para acreditar de manera indubitable que dicha persona jurídica puede ser considerada como “continuación”, “derivación”, “sucesión”, “testaferro” de una persona impedida o inhabilitada o que se encuentra controlada efectivamente por esta última.

Finalmente, cabe precisar que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido algún porcentaje mínimo en la participación en el capital social de una persona jurídica, a fin de que tal participación denote que una persona inhabilitada o impedida se perpetúa en ella o posee su control efectivo. No obstante, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, y teniendo en consideración lo establecido en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N°1341 respecto del límite porcentual establecido para la aplicación del impedimento previsto en el literal i), dicho

porcentaje podría determinarse a partir de la aplicación de las normas que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto sobre la materia<sup>7</sup>, sin perjuicio de la comprobación de las otras circunstancias que pudieran suscitarse.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1 En virtud del literal i) una persona jurídica, se encontrará impedida de ser participante, postor, contratista o subcontratista cuando entre sus integrantes contemple a otra(s) persona(s) jurídica(s) que se encuentre impedida conforme a lo establecido en el literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley y esta tiene o ha tenido –dentro de los últimos doce meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección– una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del patrimonio o capital social de aquella persona jurídica.
- 3.2 Para determinar si en mérito al literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, una persona jurídica se encuentra impedida de ser participante, postor, contratista o subcontratista, en razón de las personas que participan en su accionariado, corresponderá evaluar la participación de los accionistas del capital social, a fin de establecer que esta resulta **suficiente** para acreditar de manera indubitable que dicha persona jurídica puede ser considerada como “continuación”, “derivación”, “sucesión”, “testaferro” de una persona impedida o inhabilitada o que se encuentra controlada efectivamente por esta última.

Jesús María, 4 de abril de 2022

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

ZCH.

---

<sup>7</sup> Sobre el particular, es necesario señalar que la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N°1341, establece que el porcentaje de participación en el capital social establecido en el literal i) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley para efectos de su configuración, ha sido determinado de conformidad con las normas tributarias que regulan la vinculación por propiedad. Así pues, el literal b) del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta establece que: “*Se considera que dos o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas cuando una de ellas participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra; o cuando la misma persona o grupo de personas participan directa o indirectamente en la dirección, control o capital de varias personas, empresas o entidades. (...)*”. En concordancia con ello, el artículo 24 del Reglamento de la precitada norma señala que se entenderá que dos o más personas son partes vinculadas cuando – entre otras – se presente la siguiente situación: “*(...) 2. Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.*”