

OPINIÓN N° 026-2019/DTN

Solicitante: Latino Servis S.R.L.
Asunto: Impedimentos para contratar con el Estado
Referencia: Comunicación S/N con fecha de recibido 10.ENE.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente de la empresa Latino Servis S.R.L. formula consulta sobre uno de los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones realizadas por las Entidades Públicas.

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 sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

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

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

De manera previa, debe indicarse que, con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 *-que modifica la Ley N° 30225-* y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF *-que modifica el Decreto Supremo N° 350-2015-EF-*, cuyas disposiciones son de aplicación a partir de la fecha mencionada salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados con anterioridad a ella, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

En esa medida, tomando en cuenta que de la revisión de los antecedentes de la solicitud se infiere que la consulta se encuentra referida a la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 30225, después de la entrada en vigencia de las modificatorias mencionadas en el párrafo anterior (**vigentes hasta el 29 de enero de 2019**), el análisis de la presente Opinión considerará los alcances de dicha normativa.

La consulta formulada es la siguiente:

¹ De acuerdo a lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1341.

“¿Las empresas impedidas de ser postor en aplicación del inc. K del Art. 10 del D.Leg. 1017 (Ley de Contrataciones del Estado; PUEDEN SER POSTORES, a la entrada en vigencia de la Ley 30225 actualizado mediante D.Leg. 1341; habida cuenta que esta norma vigente no contempla el supuesto de impedimento señalado precedentemente?” (Sic).

- 2.1. En principio, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta, pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que realicen las Entidades Públicas.

Sobre el particular, resulta pertinente señalar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal —*Libertad de Concurrencia*², *Competencia*³, *Publicidad*⁴, *Transparencia*⁵, *Igualdad de Trato*⁶, entre otros— así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

En ese contexto, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado, solo pueden ser establecidos mediante ley. Así también, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico nacional rige el Principio de Inaplicabilidad por Analogía de las Normas que Restringen Derechos⁷, dichos impedimentos no pueden ser aplicados por analogía a supuestos distintos a los

² De acuerdo al literal a) del artículo 2 de la Ley, por Principio de Libertad de concurrencia, “*Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores*”.

³ Conforme al literal e) del artículo 2 de la Ley, por el Principio de Competencia, “*Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia*”.

⁴ De conformidad con el literal d) del artículo 2 de la Ley, por el Principio de Publicidad, “*El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones*”.

⁵ De acuerdo al literal c) del artículo 2 de la Ley, por el Principio de Transparencia, “*Las Entidades promocionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por dos proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico*”.

⁶ Conforme al literal b) del artículo 2 de la Ley, por el Principio de Igualdad de trato, “*Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva*”.

⁷ El numeral 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece como principio y derecho de la función jurisdiccional —entre otros—, “*El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos*”.

previstos en la ley.

De esa forma, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista se encuentran establecidos en el artículo 11 de la Ley, el cual establece un listado de personas, que por diversas circunstancias, no pueden participar en los procesos de contratación pública realizadas por las Entidades Públicas.

- 2.2. Ahora bien, la consulta formulada busca determinar si el impedimento que se encontraba establecido en el literal k) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017 —*vigente hasta el 8 de enero de 2016*— continúa aplicándose a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 30225.

En primer término, debe tenerse presente la regulación constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo. Así, el artículo 103 de la Constitución Política del Perú establece que “(...). *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. (...)*”. En adición a ello, el artículo 109 de la Constitución dispone que: “*La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte*”.

De los citados dispositivos se desprende que, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en nuestro ordenamiento rige la denominada *teoría de los hechos cumplidos*, es decir, la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

En tal sentido, como regla general, la ley se aplica a los hechos y situaciones que surjan desde que entra en vigencia y también a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, lo que incluye a aquellas surgidas bajo la legislación anterior y que aún produzcan efectos, salvo que la misma ley establezca algún tipo de excepción, como puede ser postergar su vigencia en todo o en parte, o permitir que la legislación precedente siga produciendo efectos de manera ultractiva, mediante reglas de derecho transitorio, a efectos de facilitar el tránsito de un régimen legal a otro nuevo.

- 2.3. Realizadas las precisiones anteriores debe indicarse que el literal k) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017 establecía que se encontraban impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas del Estado, “*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”.

Con el referido impedimento se buscaba evitar que los efectos de una sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado sean evitados o desconocidos, lo cual podía suceder si una persona jurídica sancionada participaba en procesos de selección y/o contrataba con el Estado valiéndose de terceros, como era el caso de otra persona jurídica en la cual participaba a través de sus socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales.

De esta manera, la consecuencia del impedimento era que la persona jurídica cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales provinieran de una persona jurídica sancionada, no pudiera participar en procesos de selección, ni contratar con el Estado.

Ahora bien, al entrar en vigencia la Ley N° 30225 –*el 9 de enero de 2016*– mantuvo este impedimento; sin embargo a través de las modificaciones a la Ley previstas por el Decreto Legislativo N° 1341 —*vigente desde el 3 de abril de 2017*—, se eliminó el impedimento regulado en el literal k) del artículo 11 de la primera versión de la Ley N° 30225⁸.

⁸ El literal k) del artículo 11 de la Ley 30225 –*antes de la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo N° 1341*– dispuso que “*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 la presente Ley 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.*”

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la Duodécima Disposición Complementaria Final de su Reglamento –*vigente hasta el 02.ABR.2017*– precisó que para la configuración de dicho impedimento, debía tomarse en consideración lo siguiente:

“Se encuentran impedidas de ser participantes, postores y/o contratistas:

- a) Las personas jurídicas cuyos integrantes se encuentran sancionados con inhabilitación para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado;*
- b) Las personas jurídicas cuyos integrantes forman o formaron parte, al momento de la imposición de la sanción o en los doce (12) meses anteriores a dicha imposición, de personas jurídicas que se encuentran sancionadas administrativamente con inhabilitación para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado.*

Para estos efectos, por integrantes se entiende a los integrantes de los órganos de administración, a los apoderados o representantes legales, así como a los socios, accionistas, participacionistas, o Titulares.

Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o Titulares, este impedimento se aplica 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.

En tal sentido, en virtud del principio de aplicación inmediata de las normas, desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, el supuesto de hecho contenido en el impedimento del literal k) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017 y posteriormente recogido en el literal k) de la primera versión de la Ley N° 30225 (vigente hasta el 2 de abril de 2017), **fue derogado y, en consecuencia, no resultaba aplicable.**

- 2.4 Sin perjuicio de lo señalado, debe considerarse que si bien la normativa de contrataciones –vigente hasta el 29 de enero del 2019– no recogía el supuesto previsto en el literal k) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017, sí estableció otros impedimentos que buscaban asegurar la probidad de los postores que contrataran con el Estado.

Así por ejemplo, de acuerdo a lo establecido en el literal o) del artículo 11 de la Ley –vigente hasta el 29 de enero del 2019–, se encontraban impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas "*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 testafarro, 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*". (El subrayado es agregado).

De lo expuesto, se advierte que las personas naturales o jurídicas que eran continuación, derivación, sucesión o testafarro de un proveedor impedido de ser participante, postor, contratista o subcontratista en las contrataciones del Estado, a través de las cuales pretendía eludir su condición de impedido o inhabilitado, también se encontraban impedidas; para ello, se entendía que dicha continuación, derivación, sucesión o condición de testafarro podía ocasionarse por razón de las personas que representaban, constituían o participaban en el accionariado de estas personas naturales o jurídicas, o cualquier otra circunstancia comprobable. Asimismo, también estaban impedidas las personas sobre las que ejercía control efectivo otra persona (natural o jurídica) impedida.

Adicionalmente, debe precisarse que para la configuración del impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley –vigente hasta el 29 de enero del 2019–, debía determinarse fehacientemente que la persona natural o jurídica era continuación, sucesión, derivación o testafarro de un proveedor impedido, así como el hecho de que, mediante dicha persona natural o jurídica, este proveedor impedido o inhabilitado eludía su condición de impedido. Por estas razones, la determinación de este impedimento requería la realización de un análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Asimismo, el citado impedimento se extiende a las personas naturales o jurídicas que, al momento de impuesta la sanción y/o dentro de los doce (12) meses anteriores, actuaron como integrantes de personas jurídicas que se encuentran sancionadas administrativamente con inhabilitación para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado."

- 2.5 Por otra parte, debe indicarse que el Decreto Legislativo N° 1444 *-que modifica la Ley N° 30025-*, **vigente a partir del 30 de enero de 2019**, agrega el literal s) al artículo 11 de la Ley, de acuerdo al cual se encuentran impedidos: *“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.”*

En ese sentido, es importante mencionar que cada Entidad debe efectuar *-en el momento que corresponda-* una evaluación de las circunstancias particulares que se presenten en cada caso concreto, a efectos de identificar la configuración de alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 11 de la Ley, considerando para tales efectos, la normativa que se encuentre vigente a dicha fecha.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 El Decreto Legislativo N° 1341 (vigente desde el 03 de abril del 2017) derogó el supuesto de hecho contenido en el impedimento del literal k) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017 y posteriormente recogido en el literal k) de la primera versión de la Ley N° 30225.
- 3.2 El Decreto Legislativo N° 1444 (vigente desde el 30 de enero del 2019) adicionó el literal s) al artículo 11 de Ley, el cual estableció un nuevo supuesto de impedimento similar al previsto en el literal k) del Decreto Legislativo N° 1017 y posteriormente recogido en el literal k) de la primera versión de la Ley N° 30225.
- 3.2 Cada Entidad contratante es la encargada de efectuar *-en el momento que corresponda-* una evaluación de las circunstancias particulares que se presenten en cada caso concreto, a efectos de identificar la configuración de alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 11 de la Ley, considerando para tales efectos, la normativa que se encuentre vigente a dicha fecha.

Jesús María, 14 de febrero de 2019

CARLA FLORES MONTOUYA
Directora Técnico Normativa (e)