

OPINIÓN N° 036 -2019/DTN

Entidad: DELROT S.A.C

Asunto: Impedimentos para contratar con el Estado.

Referencia: a) Comunicación S/N recibida el 30.ENE.2019
b) Comunicación S/N recibida el 31.ENE.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Gerente General de la persona jurídica Delrot SAC formula consultas sobre el alcance del literal s), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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 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 acápite 9 del Anexo N°2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS¹

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 desde el 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde 30 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas en vuestra solicitud a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, “Consultas del Sector Privado o la Sociedad Civil, sobre la normativa de contrataciones del Estado”, determinándose que esta Dirección Técnico Especializada no podrá absolver la consulta N°2, puesto que no es competente para determinar si en un caso concreto se ha configurado el impedimento contemplado en el literal s), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley.

2.1 *“Consulta 1: Una empresa A cuyo mayoritario accionista es la empresa C ha sido inhabilitada. La empresa B que cuenta con mayor antigüedad en su constitución y que además desarrolla sus actividades comerciales en forma autónoma, pero también tiene como accionista mayoritario a la empresa C. La empresa A y la empresa B no tienen el mismo objeto social, ambas se dedican a algunas actividades comunes, pero también diferentes entre sí. Se requiere saber, sobre la base de los supuestos consignados, la interpretación del OSCE respecto al alcance de las restricciones contenidas en el literal s) del artículo 11° de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente en lo referido al término “mismo objeto social”. Asimismo, se requiere saber la interpretación del OSCE respecto a los elementos relacionados a la autonomía organizativa y empresarial, así como si es necesario que se acredite la existencia de control por parte de la empresa inhabilitada”*(Sic.)

2.1.1 Conforme a lo señalado en los antecedentes del presente documento, las consultas que absuelve esta Dirección Técnico Normativa, son únicamente aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado y a las instituciones jurídicas que ésta desarrolla, motivo por el cual su actuación se limita a brindar a los usuarios del sistema de contratación pública las pautas necesarias para la correcta aplicación e interpretación de dicha normativa; en esa medida no tiene competencia para determinar si en el caso planteado se configura alguno de los impedimentos contemplados en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado. Adicionalmente, cabe anotar que en la medida que el **“objeto social”** no es una institución propia de la Contratación Pública, sino del Derecho Mercantil, este Organismo Técnico Especializado solo puede limitarse a abordar el significado del término **“cuenten con el mismo objeto social”** en el contexto específico del dispositivo que es objeto de análisis.

2.1.2 Hecha esta aclaración, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en ésta pueda ser participante, postora, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

Al respecto, cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal – Libertad de Concurrencia², Competencia³, Publicidad⁴, Transparencia⁵, Igualdad de Trato⁶, entre otros.

² “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.” Literal a) del artículo 2 de la Ley.

³ “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.” Literal e) del artículo 2 de la Ley.

⁴ “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.” Literal d) del artículo 2 de la Ley.

De esta manera, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley.

Asimismo, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos⁷, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.

2.1.2 Dicho lo anterior, el literal s) del artículo 11 de la Ley –modificado por el Decreto Legislativo N° 1444- establece que se encuentran impedidas de ser participantes, postoras, contratistas y/o subcontratistas, *“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, el impedimento es aplicable siempre 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”.* (El subrayado es agregado)

Sobre el particular, se puede apreciar que el citado dispositivo contempla dos situaciones que constituyen impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, las cuales se mencionan a continuación: (i) que una persona jurídica mantenga integrantes que 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; y, (ii) que una persona

⁵ “Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los 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.” Literal c) del artículo 2 de la Ley.

⁶ “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.” Literal b) del artículo 2 de la Ley.

⁷ El numeral 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú prevé: “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.” (El subrayado es agregado); asimismo, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

jurídica mantenga integrantes que se encuentren sancionados administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado.

Dicho esto, corresponde añadir, que la Exposición de motivos del D.L. 1444 ha manifestado, de forma expresa, la finalidad del dispositivo en análisis: “*busca identificar de forma objetiva aquellos casos en los que una persona sancionada pretende eludir los efectos de una sanción a través de personas que, siendo formalmente diferentes, en realidad se encuentran claramente vinculadas*”.

2.1.3. Ahora bien, de lo expresado en el documento de la referencia, se puede advertir que la consulta se encuentra vinculada a la primera de las situaciones descritas en el numeral precedente, es decir, a aquella en la cual una persona jurídica mantiene integrantes que forman o han formado parte en la fecha en que se cometió la infracción, de personas jurídicas que se encuentran sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado.

En ese contexto, en consideración de lo establecido por el literal s), del artículo 11 de la Ley, se puede inferir que el impedimento en análisis es la consecuencia jurídica que se deriva de la concurrencia de dos supuestos: i) que una persona jurídica mantenga integrantes que han formado o forman parte –en la fecha en que se cometió la infracción– de otra que ha sido sancionada con inhabilitación; y ii) que dichas personas jurídicas cuente con el mismo objeto social.

Respecto del primer supuesto, la Ley es clara al mencionar que se entiende por integrantes a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares. Asimismo, precisa que 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.

Respecto del segundo, la Ley señala que las personas jurídicas además de compartir integrantes, deben contar con *el mismo objeto social*.

Sobre el particular, cabe reiterar que el **objeto social** no es una institución propia de la Contratación Pública, sino del Derecho Societario. En esa medida, de conformidad con lo expresado al inicio de la presente opinión, este Organismo Técnico Especializado solo puede limitarse a abordar el significado del término **“cuente con el mismo objeto social”** en el contexto específico del dispositivo que es objeto de análisis.

Hecha esta advertencia, y sin perjuicio del desarrollo que pueda tener el instituto “objeto social” dentro del campo del Derecho Mercantil u otros campos del derecho distintos a la Contratación Pública, a fin de determinar el alcance del impedimento en análisis, es preciso tener en cuenta la **ratio legis**⁸ del dispositivo, la cual consiste

⁸ Al respecto, cabe señalar que Rubio Correa indica que “Según el método de la ratio legis, el ‘qué quiere decir’ de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto.” RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 240

en identificar de forma objetiva la vinculación real entre dos personas jurídicas, en aquellos casos en los que la persona sancionada pretende eludir los efectos de la sanción a través de otra que, siendo formalmente diferente, en realidad se encuentra claramente vinculada a esta.

Bajo esta consideración, el término “**cuenten con el mismo objeto social**” debe ser comprendido como **un criterio establecido por la Ley que tiene por finalidad determinar un vínculo real entre dos personas jurídicas formalmente distintas.** Como se anotó, **el fin del dispositivo es impedir que la persona jurídica inhabilitada busque evadir la ejecución de la sanción que le ha sido impuesta empleando para este fin a otra persona.**

En consecuencia, al momento de definir si dos personas jurídicas cuentan con el mismo objeto social, a fin de determinar la configuración del impedimento en análisis, se debe tener en cuenta la mencionada finalidad del dispositivo; sin perjuicio del alcance que pueda tener el concepto de objeto social en otros campos del Derecho.

Dicho esto, corresponde agregar que esta misma racionalidad se puede advertir en otros impedimentos. A modo de ejemplo, conviene mencionar el literal o), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley vigente, el cual señala que se encuentran impedidas aquellas personas a través de las cuales “*por razón de las personas que 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 (...)*”.(El resaltado es agregado)

Del texto citado se puede advertir que la finalidad del impedimento es que **una persona jurídica no utilice a otra como un medio para eludir la sanción de inhabilitación que le ha sido impuesta**⁹.

- 2.1.4. Hecha esta aclaración, se debe mencionar que el artículo 11 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, señala que “*la sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuvan a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto (...)*”

Como se puede apreciar, el objeto social es el conjunto de negocios u operaciones lícitos a los que la sociedad debe ceñir sus actividades. A fin de esclarecer el término, conviene citar a FERRERO DIEZ CANSECO:

“Las sociedades mercantiles se crean como destinados al ejercicio del comercio y hacen de él su ocupación ordinaria, esto implica la ejecución habitual y reiterada de actos de comercio, los cuales van a configurar una actividad sistemática y

⁹ En este extremo, cabe anotar que para RUBIO CORREA “*el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el ‘qué quiere decir’ la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella.*” *Ibíd.* Pág., 242.

lucrativa que se enmarca dentro de lo que los socios en el momento de la fundación establecieron como objeto social”¹⁰

Como se puede inferir, **el objeto social tiene la finalidad de señalar las actividades a las que dedica la sociedad**. En esa medida, su importancia radica en que describe la actividad económica para cuyo desarrollo se crea y mantiene en existencia la sociedad¹¹.

Para finalizar con este punto, es preciso advertir que la Ley General de Sociedades no identifica al objeto social con aquello literalmente expresado en el pacto social o en el estatuto. En esa medida, el dispositivo deja claro que forman parte del objeto social, aquellos actos no contemplados de manera expresa, que coadyuven a la realización de los fines sociales.

- 2.1.5. Ahora, teniendo en consideración, de un lado, la finalidad del dispositivo en análisis y, de otro, lo establecido por la Ley General de Sociedades se puede precisar el alcance del extremo referido a que las personas jurídicas comprometidas **“cuenten con el mismo objeto social”**. De esta manera, en el contexto del dispositivo en análisis, **contarán con el mismo objeto social, aquellas personas jurídicas que realicen las mismas actividades sociales**.

Asimismo, corresponde agregar que el análisis para determinar que dos personas cuentan con el mismo objeto social, es decir, que realizan las mismas actividades, no debe reducirse a un ejercicio comparativo de aquello contemplado textualmente en el pacto social o estatuto; pues, de lo contrario, podría darse el caso de que –en los hechos– el dispositivo en comentario devenga en ineficaz, lo cual no es el propósito de la Ley.

Bajo esta consideración, reconstruyendo la figura en análisis, una persona jurídica que mantenga integrantes que formen o hayan formado parte (en el momento en que se cometió la infracción) de otra persona jurídica que ha sido sancionada con inhabilitación y que, además, realice las mismas actividades sociales que esta, se encontrará impedida para contratar con el Estado.

- 2.1.6. Ahora, respecto del extremo de la consulta referido a si es necesario que se acredite la existencia o inexistencia de control por parte de la empresa inhabilitada, corresponde reiterar que la finalidad del dispositivo en análisis es identificar de **forma objetiva** aquellos casos en los que una persona sancionada pretende eludir los efectos de una sanción a través de personas que, siendo formalmente diferentes, en realidad se encuentran claramente vinculadas.

En esa medida, a fin de determinar si a una persona jurídica se encuentra dentro del impedimento que se analiza en el presente documento, es preciso determinar la existencia de dos supuestos: i) si mantiene integrantes que 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

¹⁰ Ferrero Diez Canseco, Alfredo. *La función e importancia del objeto social en las sociedades mercantiles*. Revista IUS ET VERITAS (1993). N°13. Pág., 163.

¹¹ *Ibidem*.

Estado; y ii) que las personas jurídicas comprometidas cuenten con el mismo objeto social.

Como se puede advertir, **para la configuración del impedimento contemplado en el literal s), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley**, es indispensable que concurren las dos condiciones descritas; no siendo necesaria la acreditación del control por parte de la empresa inhabilitada.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1.** El término “el mismo objeto social” debe ser comprendido como un criterio establecido por el literal s), del numeral 11.1, del artículo 11 de la Ley, que tiene por finalidad determinar un vínculo real entre dos personas jurídicas formalmente distintas. Como se anotó, el fin del dispositivo es impedir que la persona jurídica inhabilitada busque evadir la ejecución de la sanción que le ha sido impuesta empleando para este fin a otra persona.
- 3.2.** Teniendo en consideración, de un lado, la finalidad del dispositivo en análisis y, de otro, lo establecido por la Ley General de Sociedades se puede precisar el alcance del extremo referido a que las personas jurídicas comprometidas **“cuenten con el mismo objeto social”**. De esta manera, en el contexto del dispositivo en análisis, **contarán con el mismo objeto social, aquellas personas jurídicas que realicen las mismas actividades sociales.**
- 3.3.** Se habrá configurado el impedimento contemplado en el literal s), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley, cuando una persona jurídica que mantenga integrantes que formen o hayan formado parte (en el momento en que se cometió la infracción) de otra persona jurídica que ha sido sancionada con inhabilitación y que, además, realice las mismas actividades sociales que esta.
- 3.4.** Para la configuración del impedimento contemplado en el literal s), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley, es indispensable que concurren las dos condiciones descritas; no siendo necesaria la acreditación del control por parte de la empresa inhabilitada.

Jesús María, 13 de marzo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.