

OPINIÓN N° 050-2020/DTN

Solicitante: Jorge Fidel Saldaña Roalcaba
Asunto: Impedimentos
Referencia: Carta S/N de fecha 11.MAR.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Jorge Saldaña Roalcaba formula una consulta sobre el alcance del impedimento contemplado en el literal “s”, 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 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.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a 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 desde el 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 *“Dos (2) empresas presentan las siguientes características: (i) Empresa A, desarrolla determinadas actividades X en virtud de ser titular de una concesión otorgada por el Estado Peruano; (ii) Empresa B, no desarrolla las actividades X de la empresa A sino actividades Y, puesto que no cuenta con la misma concesión de la que es titular la Empresa A. Sin embargo, (iii) Empresa A y Empresa B comparten integrantes en los términos señalados en el literal s) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado.*

Aunque las actividades X o Y pueden estar subsumidas en una descripción general común en cuanto al objeto social (por ejemplo, en ambas, su objeto social precisa que se dedican a actividades de electricidad, saneamiento, telecomunicaciones u otro similar), lo cierto es que en la práctica son totalmente distintas y no se superponen entre sí, en la medida que las concesiones a través de las cuales se ejercitan dicho objeto social, limitan sus alcances, haciéndolas incompatibles, sin poder ser competencia una con la otra.

En ese contexto, solicitamos que se confirme que una eventual sanción de inhabilitación para contratar con el Estado que se imponga a la Empresa A no genera en la Empresa B el impedimento previsto en el literal s) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, porque la Empresa B no desarrolla las mismas actividades sociales X que desarrolla a Empresa A en virtud de la concesión distinta que le ha sido otorgada”

- 2.1.1 De manera previa, corresponde anotar que este Organismo Técnico Especializado no tiene competencia para pronunciarse, en vía de opinión, sobre situaciones particulares o casos concretos; por tanto, no puede definir si en la situación descrita se ha configurado, o no, el impedimento contemplado en el literal “s” del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley. No obstante, en el presente documento se desarrollarán los alcances del referido impedimento.

Consideraciones Generales para la aplicación del impedimento contemplado en el literal “s” del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley

- 2.1.2 Toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en la normativa de Contrataciones del Estado puede 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.**

Uno de estos impedimentos es aquel contemplado en el literal “s” del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, según el cual se encuentran prohibidas de ser participantes, postoras, contratistas 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)

De acuerdo con la Exposición de Motivos del D.L. N°1444 este impedimento busca evitar que una persona jurídica sancionada con inhabilitación para contratar con el Estado, evada los efectos de la sanción integrando o controlando a otra persona jurídica. Dicho de otro modo, **lo que este impedimento busca es evitar que una persona jurídica que ha sido inhabilitada utilice como “vehículo” a otra persona jurídica (no sancionada pero vinculada con la primera) para seguir contratando con el Estado a pesar de la sanción que se le ha impuesto.**

Precisado lo anterior, respecto del dispositivo citado corresponde precisar que contempla **dos situaciones** que constituyen impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista: (i) que una persona jurídica cuente con **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 jurídica cuente con **integrantes** que se encuentren sancionados administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado.

- 2.1.3. Ahora bien, se puede advertir que la presente 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, se puede inferir que el impedimento en análisis es la consecuencia jurídica que se deriva de la concurrencia de dos elementos: i) que una persona jurídica mantenga **integrantes** que forman o han formado parte –en la fecha en que se cometió la infracción– de otra que ha sido sancionada con inhabilitación; y ii) que dichas personas jurídicas **cuenten con el mismo objeto social.**

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

De esta manera, 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, cuente con el mismo objeto social que es ésta última, se encontrará impedida para contratar con el Estado.

Precisiones sobre el alcance del término “el mismo objeto social”

2.1.3 A efectos de determinar el alcance del término “el mismo objeto social” es necesario remitirse a las disposiciones de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS); específicamente a sus artículos 11 y 55, cuyos textos se reproducen a continuación:

“Artículo 11.- Objeto social. 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 (...)” (El resaltado es agregado)

“Artículo 55.- Contenido del Estatuto. El estatuto contiene obligatoriamente (...) la descripción del objeto social” (El resaltado es agregado)

De manera previa debe quedar claro que, de acuerdo con la Doctrina, las sociedades se crean para obtener determinados beneficios o ganancias mediante la ejecución de determinadas actividades económicas. El conjunto de estas actividades constituye aquello que en el Derecho Societario se conoce como objeto social¹.

Ahora bien, de acuerdo con los dispositivos citados, los negocios y operaciones que constituyen el objeto social de una sociedad deben encontrarse descritos de forma detallada en el Estatuto. Esta exigencia tiene gran relevancia, pues de acuerdo con el citado artículo 11 de la LGS, la sociedad debe circunscribir sus actividades a dichos negocios y operaciones debidamente descritos.

En virtud de lo anterior, se puede afirmar que el objeto social se constituye como un límite para el ejercicio de las actividades sociales, pues –de acuerdo con el artículo 11 de la LGS- la sociedad sólo puede realizar aquellas que se desprendan de los negocios u operaciones descritos en el Estatuto; tanto es así, que, de acuerdo con el artículo 12 de la LGS², los administradores de la sociedad podrán responder ante ésta cuando, en una clara vulneración del Estatuto, hubiesen acordado realizar actos no comprendidos en el objeto social.

En relación con lo anterior, es necesario aclarar que –de acuerdo con el artículo 11 de la LGS- las **actividades que comprenden el objeto social** no son únicamente aquellas literalmente descritas en el estatuto, sino también aquellas que coadyuvan a la realización de los fines sociales, **aunque no estén expresamente descritas.**

¹ Así, por ejemplo, de acuerdo con 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 lucrativa que se enmarca dentro de lo que los socios en el momento de la fundación establecieron como objeto social”. Ferrero Diez Canseco, Alfredo. *La función e importancia del objeto social en las sociedades mercantiles. Revista IUS ET VERITAS (1993). N°13. Pág., 163.*

² Ley General de Sociedades, artículo 12: “(...) Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de los acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a con- contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles”

2.1.4 Sin perjuicio de todos los alcances e importancia que pueda tener la determinación del objeto social en el campo del Derecho Societario, a efectos de la presente opinión debe **quedar claro que la descripción de los negocios y operaciones en el estatuto se constituye como el tamiz que permite discriminar aquellas actividades que están comprendidas dentro del objeto social de aquellas que no lo están.**

Dicho esto, entrando al objeto de la presente opinión, corresponde traer a colación lo señalado por esta Dirección mediante Opinión N° 036- 2019/DTN, respecto del alcance del requisito referido a que dos personas jurídicas “cuenten con el mismo objeto social” a fin de que se configure el impedimento del literal “s” del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley:

*“Como se puede inferir, **el objeto social tiene la finalidad de señalar las actividades a las que se 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 sociedad.*

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 coadyuvan a la realización de los fines sociales.

*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.**”*

Como se puede apreciar, de acuerdo con la opinión citada, dos personas jurídicas contarán con el mismo objeto social si realizan las mismas actividades sociales, pues –en principio- la sociedad desarrolla las actividades que se desprenden de aquellos negocios u operaciones descritas como su objeto social en el estatuto.

Ahora, es posible que diversas circunstancias determinen que una sociedad no desarrolle todos los negocios u operaciones que se encuentren descritos como su objeto social. Al respecto, se debe precisar que tal situación **no** implica que estas actividades no ejercidas dejen de ser parte de dicho objeto, pues la sociedad bien podría llevarlas a cabo una vez superadas las circunstancias que impiden su ejercicio.

Por tanto, a efectos de la configuración del impedimento contemplado en el literal “s” del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley, se puede afirmar que **dos personas jurídicas tendrán “el mismo objeto social” cuando – de manera actual- realicen las mismas actividades sociales o cuando puedan realizar las mismas actividades sociales en virtud los negocios y operaciones lícitos precisados en el estatuto.**

Bajo las consideraciones expuestas, 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 o pueda realizar las mismas actividades sociales que ésta, se encontrará impedida para contratar con el Estado.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En el marco de la aplicación del impedimento contemplado en el literal “s” del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley, se puede afirmar que dos personas jurídicas tendrán “el mismo objeto social” cuando –de manera actual- realicen las mismas actividades sociales o cuando puedan realizar las mismas actividades sociales en virtud los negocios y operaciones lícitos precisados en el estatuto.
- 3.2 De acuerdo con el literal “s” del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley, 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 o pueda realizar las mismas actividades sociales que ésta, se encontrará impedida para contratar con el Estado.

Jesús María, 8 de julio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC