

OPINIÓN N° 055-2023/DTN

Solicitante: Ricardo André Vildoso Morales
Asunto: Impedimentos
Referencia: Formulario de Solicitud de Consulta recibido el 10.MAY.2023

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Ricardo André Vildoso Morales formula una consulta referida al impedimento establecido en el 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 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 situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1. *“¿El representante legal de una empresa extranjera (no domiciliada) se encuentra dentro del supuesto del literal s) del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225?” (sic).*

2.1.1. De manera previa, corresponde señalar que el OSCE tiene competencia para absolver consultas sobre el sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones o casos particulares. Por tanto, la presente Opinión se limitará a desarrollar alcances generales interpretativos respecto de las disposiciones de la Ley y el Reglamento, sin que estos se encuentren directamente dirigidos a aplicarse a una situación particular; para determinar si corresponde la aplicación de los criterios vertidos en el presente documento será necesario evaluar los elementos e información del caso que sea materia de análisis.

Precisado lo anterior, a continuación se desarrollarán alcances generales sobre el impedimento establecido en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

2.1.2. En principio, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con las condiciones y requisitos previstas en sus disposiciones, pueda ser participante, postor, contratista o subcontratista de las Entidades de la Administración Pública; **salvo** que esta se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

Al respecto, el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de registrarse como participantes en los procedimientos de selección convocados por las Entidades, formular ofertas en el marco de dichos procedimientos, perfeccionar contratos con las Entidades y subcontratar con el Estado, *“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”*.

Sobre la citada disposición, debe indicarse, previamente, que las sanciones administrativas de inhabilitación temporal o definitiva para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado a las que se refiere, son aquellas impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE), de acuerdo con la competencia que le es conferida en virtud de lo establecido en el artículo 50 de la Ley; sanciones que pueden ser impuestas a los proveedores cuando incurren en alguna de las infracciones establecidas en el numeral 50.1 del referido artículo.

Así, se encuentran impedidas para contratar con el Estado aquellas personas jurídicas cuyos integrantes formen o hayan formado parte en la fecha en que se cometió la infracción, de una persona jurídica que fue sancionada por el TCE con inhabilitación temporal o permanente, entendiéndose por el término “*integrantes*” a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares.

Como se advierte, el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley ha determinado a quienes se les considera integrantes en el marco del impedimento allí establecido. Al respecto —y en atención al tenor de la consulta¹—, es pertinente señalar que el “representante legal” se encuentra comprendido dentro del listado de personas que son consideradas integrantes, mientras que, el término “apoderado” no ha sido incluido en la redacción de dicho dispositivo.

2.1.3. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina, el representante legal es aquella persona que ejerce la facultad de representar a otra en virtud de poderes que **emanan directamente de un mandato legal**²; por tanto, es necesario realizar un análisis de las normas legales aplicables a una persona jurídica en particular a efectos de determinar quién o quiénes ostentan su representación legal³.

Por otra parte, un “apoderado” es una persona que tiene poderes de otra para representarla y proceder en su nombre; es decir, tiene poder para representar a otro en juicio o fuera de él⁴. Es pertinente advertir que, según Goyburu (2013) el poder de representación es “(…) *la autorización que el representado da al representante por medio de un negocio jurídico, para que contrate en su nombre*”⁵; por tanto, el “apoderamiento”, como acto jurídico celebrado entre partes, si bien encuentra su fundamento y regulación en normas legales, **emana de un acto privado**.

Por lo expuesto, es posible inferir que el representante legal de una persona jurídica, durante el ejercicio de sus funciones, tiene la condición de apoderado de esta última, sin embargo, no todo apoderado ostenta representación legal, puesto que —como ya se señaló— esta es una aptitud que emana directamente de la ley (de un mandato legal), mientras que el poder de representación puede tener su origen en un acto privado.

¹ De acuerdo con los documentos anexos, se indica que la consulta está relacionada a que el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley menciona al “**representante legal**” pero no al “**apoderado**”.

² Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley N° 26887, establece que: “*Por su solo nombramiento y salvo estipulación en contrario, el gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil y de las facultades de representación previstas en la Ley General de Arbitraje. Asimismo, por su solo nombramiento y salvo estipulación en contrario, el gerente general goza de todas las facultades de representación ante personas naturales y/o jurídicas privadas y/o públicas para el inicio y realización de todo procedimiento, gestión y/o trámite a que se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo General. Igualmente, goza de facultades de disposición y gravamen respecto de los bienes y derechos de la sociedad, pudiendo celebrar todo tipo de contrato civil, bancario, mercantil y/o societario previsto en las leyes de la materia, firmar y realizar todo tipo de operaciones sobre títulos valores sin reserva ni limitación alguna y en general realizar y suscribir todos los documentos públicos y/o privados requeridos para el cumplimiento del objeto de la sociedad*”.

³ En concordancia con el criterio vertido en la Opinión N° 186-2018/DTN y N° 192-2018/DTN.

⁴ Cabanellas, G. (2006) “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 29 Edición, Tomo I: A-B*”, Buenos Aires – Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., pág. 360.

⁵ Goyburu, N. (2013) “*La representación y el poder: Conceptos diferentes*”, Lima-Perú, Derecho y Cambio Social, Año 10, N° 32, pág. 5.

2.1.4. Por tanto, en el marco del impedimento establecido en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, a efectos de determinar su configuración, refiriéndonos únicamente al representante legal, debe advertirse que no todo apoderado puede ser calificado como “integrante”, toda vez que el representante legal es aquel que cuenta con poder de representación en virtud de un mandato legal, considerando que el poder de representación puede tener como fuente, también, un acto privado entre partes. En tal sentido, será calificado como “integrante” solo aquel apoderado que ostente representación legal (por mandato legal).

3. CONCLUSIÓN

En el marco del impedimento establecido en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se considerará “integrante”, en el caso del representante legal, a aquel que cuenta con poder de representación en virtud de un mandato legal, y no a aquel apoderamiento que tiene como fuente un acto privado entre partes.

Jesús María, 23 de mayo de 2023



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23.05.2023 16:57:12 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS