

T.D.: 14717625

OPINIÓN N° 082-2019/DTN

Solicitante: Laboratorios AC FARMA S.A.

Asunto: Alcance del impedimento aplicable a las personas que pertenecen a un mismo grupo económico

Referencia: Carta S/N recibida el 04.ABR.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante legal de la empresa Laboratorios AC FARMA S.A. formula diversas consultas acerca del impedimento aplicable a las personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico.

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, 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° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- "**Reglamento**" al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *"¿Cuándo dos personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico participan en un mismo ítem dentro de un procedimiento de selección***

(convocatoria por relación de ítems) se configura la causal del impedimento regulado en el literal p) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado?" (Sic.)

- 2.1.1. En primer lugar, 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, postor, 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 numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

En relación con lo anterior, 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 Concurrencia¹, Competencia², Publicidad³, Transparencia⁴, Igualdad de Trato⁵, entre otros– así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

En esa medida, 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.

- 2.1.2. Dicho lo anterior, debe indicarse que entre los impedimentos previstos en el numeral 11.1 del artículo 11, en virtud del literal p) están impedidos de ser

¹ "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.

² "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.

³ "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.

⁴ "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.

⁵ "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.

participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, *"En un mismo procedimiento de selección las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico, conforme se define en el reglamento"*.

Al respecto, el Anexo de Definiciones del Reglamento establece que *"Grupo Económico"* tiene el significado que se le asigna en el artículo 7 del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico, aprobado mediante Resolución de Superintendencia N° 019-2015-SMV-01, y las normas que la modifiquen, con excepción de los entes jurídicos definidos en dicho reglamento.

En relación con lo anterior, el artículo 7 del referido Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico señala que: *"Grupo Económico es el conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos entidades, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión. Las personas naturales no forman parte del grupo económico."*

De las disposiciones citadas, se observa que se encuentran impedidos de participar en un mismo procedimiento de selección aquellos proveedores que formen parte de un mismo grupo económico, conforme a la normativa especial que regula esta figura.

Cabe aclarar que conforme al criterio contenido en la Opinión N° 002-2018/DTN, entre otras, las personas naturales pueden estar incursas en el impedimento previsto en el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

- 2.1.3. Ahora bien, debe señalarse que los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley se emplean, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, respecto a la calidad de participante, postor, contratista y/o subcontratista.

Por tanto, el impedimento del literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se aplica respecto a aquellos proveedores que pertenecen a un mismo grupo económico e intervengan en un proceso de contratación en la condición de participante, postor, contratista y/o subcontratista.

En ese sentido, dos o más proveedores estarán impedidos de ser participantes en un mismo procedimiento de selección cuando tales personas pertenezcan a un mismo grupo económico. Dicho impedimento se aplica también cuando se actúe en calidad de postor, contratista y/o subcontratista.

- 2.1.4. En atención a los antecedentes remitidos con la presente consulta, en el supuesto que el procedimiento de selección se realice según relación de ítems (teniéndose en cuenta que cada ítem constituye un procedimiento independientemente dentro de un procedimiento principal⁶), a cada ítem se le aplica las reglas correspondientes al

⁶ Cada ítem debe tener un monto individual mayor a ocho (8) UIT para constituir un procedimiento de selección independiente dentro del procedimiento de selección principal.

principal *-con las excepciones previstas en el Reglamento-*, por lo que, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley se aplican a cada ítem. Es decir, el impedimento del literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se aplica respecto a aquellos proveedores que pertenecen a un mismo grupo económico e intervengan en un mismo ítem *-dentro de un procedimiento de selección-* en la condición de participante, postor, contratista y/o subcontratista.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que dos o más proveedores se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en un mismo procedimiento de selección o, de ser el caso, en un mismo ítem, cuando tales personas pertenezcan a un mismo grupo económico.

2.2. "¿Cuándo dos personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico participan en un mismo ítem dentro de un procedimiento de selección (convocatoria por relación de ítems) presentando la Declaración Jurada de NO CONTAR CON IMPEDIMENTO para contratar con el Estado se configura la infracción prevista en el literal i) del artículo 50 de la ley de Contrataciones del Estado?" (Sic.)

2.2.1. Sobre el particular, debe señalarse que el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley contempla las conductas que constituyen **infracciones** a la normativa de contrataciones del Estado y que *-por tanto-* conllevan a la imposición de una sanción administrativa por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado⁷.

Entre estas infracciones se encuentra la prevista en el literal c) del numeral antes citado, según la cual, se impone sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando se **contrate con el Estado** "(...) estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 11 de la Ley."

De acuerdo con lo anterior, las personas naturales o jurídicas que **contraten** con el Estado estando impedidas para ello, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley, son pasibles de ser sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

2.2.2. De otro lado, el literal i) del referido numeral dispone que es pasible de sanción el *"Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP), siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual"*.

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado en diversas resoluciones⁸, ha indicado que la información inexacta supone la presentación de documentos y/o

⁷ De conformidad con el artículo 219 del Reglamento.

⁸ A manera de ejemplo se pueden citar las Resoluciones N° 953-2015-TCE-S1, N° 941-2015-TCE-S3 y N° 3146-2014-TC-S3.

declaraciones cuyo contenido no es concordante con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de ésta y el quebrantamiento de los principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad⁹.

De esta manera, de conformidad con el criterio desarrollado en la Opinión N° 256-2017/DTN, para la configuración de la infracción bajo análisis, el proveedor debe haber presentado ante las Entidades, el Tribunal de Contrataciones del Estado o el Registro Nacional de Proveedores (RNP) información discordante con la realidad, con el propósito de cumplir un requisito o de obtener un beneficio o ventaja para sí o para terceros, independientemente de quién hubiera sido su autor o de las circunstancias que hubieran conducido a su inexactitud.

- 2.2.3. Efectuadas las precisiones anteriores, debe mencionarse que el impedimento previsto en el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se configura cuando dos o más proveedores pertenecientes a un mismo grupo económico se registran como participantes, presenten ofertas, o suscriban contratos o subcontratos, respecto a un mismo procedimiento de selección o ítem, de ser el caso. Por tanto, en atención a la consulta formulada, dicho impedimento opera cuando se registren como participantes dos o más personas jurídicas del mismo grupo económico independientemente de cuántos de ellos presenten ofertas.

Así, en atención a la consulta formulada, en caso que una persona incurra en alguno de los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, presente una declaración jurada -conforme al artículo 31 del Reglamento- en la que afirme no estar impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista, dicha información podría ser considerada como inexacta, conforme al literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, correspondiendo al Tribunal de Contrataciones del Estado determinar la configuración de la infracción y aplicar la sanción que corresponda.

En ese sentido, en el supuesto que, en un mismo procedimiento de selección o en un mismo ítem, de ser el caso, se registren como participantes dos o más proveedores del mismo grupo económico –independientemente de cuántos de ellos presenten ofertas- todos los proveedores del mismo grupo económico se encontrarán impedidos conforme lo dispone el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En el supuesto que, en un mismo procedimiento de selección o en un mismo ítem, de ser el caso, se registren como participantes dos o más proveedores del mismo grupo económico –independientemente de cuántos de ellos presenten ofertas- todos los proveedores del mismo grupo económico se encontrarán impedidos conforme lo dispone el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

- 3.2 En caso que una persona incurra en alguno de los impedimentos previstos en el

⁹ Por su parte, la presentación de documentos falsos o adulterados implica que el documento no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido.

artículo 11 de la Ley, presente una declaración jurada -conforme al artículo 31 del Reglamento- en la que afirme no estar impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista, dicha información podría ser considerada como inexacta, conforme al literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, correspondiendo al Tribunal de Contrataciones del Estado determinar la configuración de la infracción y aplicar la sanción que corresponda.

Jesús María, 21 de mayo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

TAM