

OPINIÓN N° 091-2021/DTN

Solicitante: Estudio Prado & Abogados S.A.C.

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

Referencia: Formulario S/N de fecha 03.SEP.2021 – Consultas del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Representante Legal del Estudio Prado & Abogados S.A.C. formula una consulta acerca del alcance 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 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, 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 a partir del 30 de enero de 2019.
- "**Reglamento**" al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

2.1. "¿Pueden las empresas extranjeras que pertenecen a un mismo grupo económico y que tienen como accionista a un estado extranjero presentarse en forma independiente a un proceso de selección?" (Sic.)

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que las consultas que absuelve el OSCE 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; en ese sentido, este Organismo Técnico Especializado no puede analizar ni pronunciarse sobre hechos o circunstancias particulares relacionados con la naturaleza de los integrantes de un consorcio o con la posible vinculación entre un conjunto de empresas extranjeras, así como tampoco, definir si estas se encuentran impedidas de contratar con el Estado, pues ello dependerá finalmente de una evaluación particular de los hechos, lo cual excede las competencias de este Organismo Técnico Especializado.

Sin perjuicio de ello, a continuación, se brindarán alcances generales sobre los alcances del impedimento previsto en el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Al respecto, cabe señalar que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, 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 e Igualdad de Trato⁵.

En esa medida, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, sólo pueden ser establecidos mediante ley.

- 2.1.2. En coherencia con lo anterior, debe indicarse que entre los impedimentos previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en virtud del literal p) están impedidos de ser 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"*.

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.

Al respecto, el Anexo de Definiciones del Reglamento establece que Grupo Económico “*es el conjunto de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos (2) de ellas, donde alguna ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión*”.

De la disposición citada se puede apreciar que dos o más personas se encontrarán impedidas de ser participantes, postoras, contratistas o subcontratistas en un mismo procedimiento de selección, cuando una de estas ejerza el control sobre las otras o cuando el control corresponda a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión. Cabe precisar que la normativa vigente, a diferencia de lo establecido en el anterior Reglamento⁶, no hace distinción entre empresas privadas o estatales al momento de definir el concepto de grupo económico.

Ahora bien, de conformidad con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1341, la **finalidad** del impedimento objeto de análisis es “*evitar prácticas que puedan limitar la competencia y afectar el interés público que subyace a la contratación*”⁷.

Como se aprecia, la **ratio legis**⁸ del referido impedimento reviste especial relevancia para determinar su alcance, pues deja clara la idea de que cuando dos o más personas, sean estas naturales o jurídicas, que pertenecen a un mismo grupo económico participan o presentan ofertas individuales, se estaría limitando la libre competencia. Sobre el particular se debe señalar que la fundamentación de esta idea ha sido desarrollada por el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, en el literal b), del considerando 39 de la Resolución N° 0640-2019- TCE-S3:

“(…) si un grupo económico se define por un conjunto de personas en el que una de estas ejerce el control sobre las demás o por personas naturales que actúan como una unidad de decisión, resulta razonable que la Ley haya establecido que sus integrantes también se encuentren impedidos de presentar más de una oferta en un procedimiento de selección (o en un ítem), por la afectación que ello pudiese generar a la competencia efectiva entre postores (en tanto, en principio, dicha competencia sería aparente, sin perjuicio de que el alcance de sus ofertas incluso pudiesen haber sido definido por un único decisor y de que el grupo económico, como tal, contaría con tantas opciones de ser adjudicado como miembros del mismo sean postores)” (El subrayado es agregado).

A partir de lo expuesto hasta este punto se puede concluir que, para determinar la configuración del impedimento contemplado en el literal p) del numeral 11.1 de la Ley,

⁶ El Anexo de Definiciones del anterior Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 355-2015-EF, y modificado mediante Decreto Supremo N° 147-2017-EF, señala que el 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 No. 019-2015-SMV-01, y las normas que la modifiquen, con excepción de las empresas de propiedad estatal que provengan de países clasificados con grado de inversión, así como los entes jurídicos definidos en dicho reglamento.*” (El resaltado es agregado).

⁷ Numeral 2.1.8, del apartado 2 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1341.

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

se debe establecer que existe un grupo de personas naturales o jurídicas -debiendo todas ellas cumplir con los requisitos que la normativa de contrataciones del Estado exige para ser participante, postor, contratista o subcontratista- dentro de las cuales alguna de ellas ejerza un control sobre las demás, o en su defecto, sea una o más personas naturales quienes ejerzan dicho control actuando como unidad de decisión.

Ahora bien, para determinar la existencia de un control respecto de otras personas (naturales o jurídicas) se pueden tomar en consideración factores como (i) la propiedad o titularidad de los activos, (ii) el giro de negocio, (iii) la confluencia entre directivos, representantes legales u otras personas que desempeñen cargos con capacidad para decidir en asuntos de relevancia como la dirección de actividades, operaciones, etc. (iv) la relación de parentesco entre titulares, propietarios, directivos o miembros con poder de decisión, entre otros elementos tanto de índole legal como fáctica que coadyuven a realizar dicha valoración⁹.

Finalmente, es importante hacer hincapié en que el referido impedimento no restringe el acceso de estas empresas (que conforman un grupo económico) al mercado de compras públicas nacional¹⁰, sino que prohíbe que dos o más de ellas participen de manera individual en un mismo procedimiento de selección (o en un ítem), ello con el fin de evitar concertaciones, distorsiones o afectación a la competencia efectiva entre proveedores.

3. CONCLUSIÓN

Para determinar la configuración del impedimento contemplado en el literal p) del numeral 11.1 de la Ley, se debe establecer que existe un grupo de personas naturales o jurídicas -debiendo todas ellas cumplir con los requisitos que la normativa de contrataciones del Estado exige para ser participante, postor, contratista o subcontratista- dentro de las cuales alguna de ellas ejerce un control sobre las demás, o en su defecto, sea una o más personas naturales quienes ejerzan dicho control actuando como unidad de decisión. Cabe precisar que la normativa vigente, a diferencia de lo establecido en el anterior Reglamento, no hace distinción entre empresas privadas o estatales al momento de definir el concepto de grupo económico.

Jesús María, 28 de septiembre de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.

⁹ Para tales efectos, las Entidades contratantes se pueden valer de cierta información que administren otras instituciones, como, por ejemplo, la Superintendencia del Mercado de Valores, SUNAT, Registros Públicos, entre otras.

¹⁰ Incluso, mediante Opinión N° 117-2019/DTN se ha indicado que no existe impedimento para que las personas que formen parte de un mismo grupo económico se agrupen en consorcio, a fin de participar en procedimientos de selección.

