

## OPINIÓN N° 096-2019/DTN

Solicitante: Delrot Consultores S.A.C.  
Asunto: Impedimentos para contratar con el Estado  
Referencia: Comunicación S/N con fecha de recibido 02.MAY.2019

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de la empresa Delrot Consultores S.A.C. formula consulta sobre los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en el marco de las contrataciones realizadas por las Entidades Públicas.

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 mediante el Decreto Legislativo N° 1444, así como 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 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. *“Con el objeto de contar con los elementos jurídico que conforman los alcances restrictivos del literal s) del artículo 11° de la Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, formulamos la siguiente consulta: [...] ¿La empresa sancionada e impedida podría suministrarle bienes y servicios a la empresa proveedora hábil del Estado, en calidad de proveedora privada?” (Sic).*

- 2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que la sujeción de las contrataciones a las disposiciones de la Ley y su Reglamento resultará obligatoria cuando quien pretende satisfacer sus necesidades de bienes, servicios y obras tiene la calidad de “Entidad”, en los términos referidos en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley y si además, para tal efecto, debe proveer una contraprestación con cargo a recursos públicos; condiciones que deben presentarse de forma concurrente.

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado se encarga de regular la relación jurídica existente entre una Entidad y un proveedor en el marco de una compra pública; por el contrario, la relación entre personas de derecho privado cuenta una regulación distinta. Por consiguiente, este Organismo Técnico Especializado no puede emitir opinión sobre las relaciones jurídicas que se generen entre personas -naturales o jurídicas- dentro del ámbito del derecho privado, pues ello excedería las atribuciones conferidas en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

- 2.1.2 Aclarado ello, a continuación se brindarán alcances generales respecto de los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

Así, corresponde señalar 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 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 Concurrencia<sup>1</sup>, Competencia<sup>2</sup>, Publicidad<sup>3</sup>, Transparencia<sup>4</sup>, Igualdad de Trato<sup>5</sup>, entre otros.

---

<sup>1</sup> “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.

<sup>2</sup> “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.

<sup>3</sup> “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.

<sup>4</sup> “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.

<sup>5</sup> “Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas,

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 derechos<sup>6</sup>, 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 –por analogía– a supuestos no contemplados en dicho artículo.

2.1.2 Dicho lo anterior, el literal s) del artículo 11 de la Ley 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, los 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 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.

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 establecer la

---

*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.

<sup>6</sup> 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”*.

existencia de dos supuestos: i) si mantiene **integrantes**<sup>7</sup> 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 las personas jurídicas comprometidas cuenten con el **mismo objeto social**<sup>8</sup>.

Asimismo, corresponde añadir, que la Exposición de motivos del D.L. 1444 ha manifestado, de forma expresa, la finalidad del dispositivo en análisis, la cual 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, ya sea por sus accionistas o socios o por los integrantes de sus órganos de administración.”

En relación con dicho criterio, cabe agregar que este mismo razonamiento también 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, 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 testafierro, 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)

De esta manera, se puede advertir que la finalidad del referido impedimento es que **una persona jurídica no utilice a otra como un medio para eludir la sanción de inhabilitación que le ha sido impuesta.**

2.1.3 Finalmente, atendiendo al análisis efectuado en los párrafos precedentes, debe indicarse que corresponde a cada Entidad realizar una evaluación de las circunstancias particulares que se presenten en cada caso concreto, a efectos de identificar si un proveedor se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 11 de la Ley.

2.2. ***“En virtud de estos convenios comerciales privados y siempre y cuando la empresa sancionada e impedida no se constituya como subcontratista de la empresa proveedora hábil del Estado, se podrían dar las siguientes situaciones: ¿La empresa sancionada e impedida que cuenta con las licencias y la autorización exclusiva de distribución, podría designar a la empresa proveedora***

<sup>7</sup> Al respecto, la Ley señala 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.

<sup>8</sup> De acuerdo con lo señalado en la Opinión N° 036 -2019/DTN, 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. De esta manera, 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.

***hábil del Estado como distribuidor oficial?"*** (Sic).

- 2.2.1 En primer lugar, debe reiterarse que este Organismo Técnico Especializado no es competente para emitir opinión *-efectuando un análisis-* respecto de las relaciones jurídicas que se generen en el ámbito del derecho privado, pues ello excedería las atribuciones conferidas en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de ello, y en el ámbito de la contratación pública, debe indicarse que la suscripción del contrato entre la Entidad y el proveedor da origen a la relación jurídica patrimonial, en virtud de la cual el contratista se encuentra obligado a ejecutar determinada prestación a favor de la Entidad –que puede consistir en la entrega o suministro de bienes, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra– y esta, a su vez, se encuentra obligada a ejecutar su contraprestación que, fundamentalmente, consiste en retribuir económicamente al contratista.

En este sentido, en principio, es el contratista quien ha sido elegido conforme a los métodos de contratación previstos en la normativa de contrataciones del Estado para ejecutar las obligaciones objeto del contrato en favor de la Entidad, siendo responsable de realizar dicha ejecución; sin embargo, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de que, cuando se cumplan determinadas condiciones, sea un tercero ajeno a la relación obligacional existente entre la Entidad y el contratista, quien excepcionalmente ejecute algunas de las obligaciones de cargo del contratista.

Así, el numeral 35.1 del artículo 35 de la Ley establece que "*el contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato hasta el porcentaje que establezca el reglamento, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección.*" (El subrayado es agregado).

Del artículo citado, se advierte que el contratista puede subcontratar algunas de las prestaciones previstas en el contrato, siempre que dicha subcontratación no se encuentre prohibida por los documentos del procedimiento de selección y cuente con autorización previa de la Entidad.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 147 del Reglamento, solo se puede subcontratar por un máximo del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original, **no pudiendo ser objeto de subcontratación aquellas prestaciones esenciales que se encuentran vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.**

De igual forma, es importante precisar que la subcontratación no enerva la responsabilidad del contratista, pues conforme a lo previsto en el numeral 35.4 del artículo 35 de la Ley, este "*(...) mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad.*"

Para estos efectos, debe tenerse presente que el subcontrato es un contrato derivado y dependiente de otro anterior de la misma naturaleza (contrato base o principal), en virtud del cual uno de los contratantes, en vez de ejecutar

personalmente la obligación a su cargo, decide contratar a un tercero para que realice dicha ejecución, en cumplimiento del contrato base o principal.

De lo expuesto, se advierte que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la subcontratación implica que un tercero ejecute parte de las prestaciones (no esenciales) a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por "tercero" a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta del contratista.

Cabe precisar que, conforme al numeral 35.3 del artículo 35 de la Ley, este subcontratista debe contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores y no estar **impedido ni inhabilitado** para contratar con el Estado.

#### 2.2.2 Ahora bien, es preciso diferenciar la subcontratación de otras figuras contractuales próximas y muy usuales en el ámbito de las contrataciones.

Sobre el particular, Roberto Dromi señala que *"No todo convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión. Así, no son subcontratos los acuerdos que el contratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la ejecución del contrato, o con las personas que trabajan a destajo, o con sus proveedores"*<sup>9</sup>.

Así, existe un conjunto de contratos de diversa naturaleza y objeto que el contratista puede realizar con personas naturales o jurídicas para proveerse a sí mismo de los medios necesarios para cumplir con las prestaciones a su cargo frente a una Entidad, que no tienen la naturaleza de subcontratos.

En virtud de lo señalado, se tiene que los contratos realice el contratista para cumplir con las prestaciones a su cargo, en principio, no necesariamente constituyen una modalidad de subcontrato, sino la actividad ordinaria del contratista para poder cumplir con dichas prestaciones, en tanto no se configuren los presupuestos establecidos en el artículo 35 de la Ley y el artículo 147 del Reglamento.

#### 2.2.3 Por último, debe reiterarse que aquellas personas que se encuentren incurso en alguno de los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, no podrán ser participantes, postores, contratistas o **subcontratistas** en los procesos de contratación que lleven a cabo las Entidades. Asimismo, cabe precisar que las causales de impedimento previstas en los literales o) y s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley tienen por objeto evitar que una persona jurídica intente evadir, por medio de otra, la sanción de inhabilitación que le ha sido impuesta o el impedimento que en ésta recae.

En tal sentido, corresponde a cada Entidad realizar una evaluación de las circunstancias particulares que se presenten en cada caso concreto, a efectos de identificar si un proveedor se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 11 de la Ley.

---

<sup>9</sup> Roberto DROMI; "La Licitación Pública", p. 523.

**2.3. “¿La empresa sancionada e impedida podría ser fabricante que cuenta con la patente oficial y celebra un convenio de distribución con la empresa proveedora hábil del Estado?” (Sic).**

2.3.1 Al respecto, debe reiterarse que este Organismo Técnico Especializado no es competente para emitir opinión *-efectuando un análisis-* respecto de las relaciones jurídicas que se generen en el ámbito del derecho privado, pues ello excedería las atribuciones conferidas en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

No obstante, resulta importante mencionar que según lo indicado al absolver la primera consulta, aquellas personas que se encuentren incurso en alguno de los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, no podrán ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas en los procesos de contratación que lleven a cabo las Entidades. Asimismo, cabe precisar que las causales de impedimento previstas en los literales o) y s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley tienen por objeto evitar que una persona jurídica intente evadir, por medio de otra, la sanción de inhabilitación que le ha sido impuesta o el impedimento que en ésta recae.

En tal sentido, corresponde a cada Entidad realizar una evaluación de las circunstancias particulares que se presenten en cada caso concreto, a efectos de identificar si un proveedor se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 11 de la Ley.

### **3. CONCLUSIONES**

3.1 Este Organismo Técnico Especializado no puede emitir opinión sobre las relaciones jurídicas que se generen entre personas *-naturales o jurídicas-* dentro del ámbito del derecho privado, pues ello excedería las atribuciones conferidas en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

3.2 A fin de determinar si a una persona jurídica se encuentra dentro del supuesto de impedimento previsto en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 1 de la Ley, 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 Estado; y ii) que las personas jurídicas comprometidas cuenten con el mismo objeto social.

3.3 Aquellas personas que se encuentren incurso en alguno de los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, no podrán ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas en los procesos de contratación que lleven a cabo las Entidades. Asimismo, las causales de impedimento previstas en los literales o) y s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley tienen por objeto evitar que una persona jurídica intente evadir, por medio de otra, la sanción de inhabilitación que le ha sido impuesta o el impedimento que en ésta recae.

3.4 Corresponde a cada Entidad realizar una evaluación de las circunstancias

particulares que se presenten en cada caso concreto, a efectos de identificar si un proveedor se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 11 de la Ley.

Jesús María, 13 de junio de 2019

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RMPP/JDS