

OPINIÓN N° 107-2023/DTN

Solicitante: Estudio Echeconpar S.R.L

Asunto: Impedimentos para contratar con el Estado

Referencia: Formato S/N de fecha 15.SEP.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Eduardo Ego Aguirre, Gerente General del Estudio Echeconpar S.R.L, formula varias consultas referidas a los impedimentos para contratar con el Estado, en el marco de lo dispuesto por la normativa 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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N°1444 (en adelante, la “Ley”).
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus posteriores modificatorias (en adelante, el “Reglamento”).

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

¹ En atención a la competencia conferida a esta Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad del TUPA del OSCE, advirtiéndose que de las cuatro (4) consultas planteadas, una de ellas (la última) no cumple con dichos requisitos, al no haber sido formuladas en términos genéricos, sino que plantea un supuesto específico que implica el análisis de elementos particulares en el marco de un proceso concreto a cargo de la Entidad contratante o del Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda. Por tal motivo, dicha consulta no será absuelta en el marco de la presente opinión, pues excede las facultades conferidas a esta Dirección, a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

2.1. ***“La finalidad del impedimento previsto en el literal o) del Artículo 11.1 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado es evitar que el proveedor impedido evada su condición a través de otro proveedor. Sobre la base de esta finalidad, ¿Cómo se acredita la existencia del testaferro? ¿Cuáles son los elementos constitutivos y si se requiere que estos sean concurrentes o no, para que se configure el supuesto perseguido por la referencia el "testaferro" en este impedimento?”.***

2.1.1. En principio corresponde señalar que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, puede ser participante, postor contratista o subcontratista en las contrataciones que las Entidades convocan con la finalidad de abastecerse de bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones a fin de procurar la satisfacción del interés público; salvo que dicha persona se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos previsto en el artículo 11 de la Ley, que restringen la participación de dichas personas en las contrataciones públicas debido a diferentes criterios tales como, el cargo público que ejercen, su relación de parentesco, su condición de sancionado, su injerencia directa en la toma de decisiones o participación en una persona jurídica, entre otros.

Cabe precisar que los impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones, sólo pueden ser establecidos mediante ley. Asimismo, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico rige el Principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos², los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.

2.1.2 Realizadas las precisiones anteriores y a propósito de la consulta formulada corresponde analizar el impedimento previsto en literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Al respecto el referido dispositivo normativo establece que independientemente del régimen de contratación aplicable, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley: “En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión, o testaferro, 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, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares”.

Del dispositivo citado, se desprende que el impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley se configura en alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando un impedido o inhabilitado busca eludir su condición de tal usando a

² El numeral 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú prevé que: “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos.”

una persona natural o jurídica que es continuación, derivación, sucesión o testafarro. Para ello se entiende que dicha continuación, derivación, sucesión o calidad de testafarro se da por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o **cualquier otra circunstancia comprobable**.

- b) Cuando un impedido o inhabilitado busca eludir su condición de tal usando a una persona natural o jurídica sobre la cual tiene control efectivo. Para ello se entiende que dicho control efectivo se da independientemente de la forma jurídica empleada, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.

De esta manera, una persona natural o jurídica se encuentra impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista cuando sea usada por un proveedor impedido o inhabilitado para eludir su condición de tal, lo cual ocurre cuando este último se perpetúa en aquel o tiene su control *–en los términos señalados en la presente opinión–*, independientemente de la forma jurídica empleada.

Asimismo, resulta pertinente acudir al método de interpretación denominado *ratio legis*, en virtud del cual «*el “qué quiere decir” de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto*»³. Así, del texto normativo se logra entender que **el impedimento bajo análisis busca evitar que aquellas personas que hayan sido sancionadas con la inhabilitación o que se encuentren impedidas por encontrarse inmersas en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 11 de la Ley, puedan evadir su condición valiéndose de maniobras jurídicas.**

Dicha finalidad puede verse reflejada en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1341 *—norma mediante la cual se incluyó el referido impedimento en la Ley—*, la cual señalaba lo siguiente: “*Con esta disposición se busca comprender dentro del alcance del impedimento aquellas personas por intermedio de las cuales una persona impedida o inhabilitada, valiéndose de un ropaje o formalidad jurídica, busque evadir los alcances y las consecuencias de su impedimento.*” (El resaltado es agregado).

Ahora bien, de acuerdo a lo mencionado mediante Opinión N° 101-2018/DTN, el impedimento bajo análisis tiene como objeto evitar que un proveedor impedido o inhabilitado pueda evadir dicha situación a través de otro proveedor que constituye su derivación o respecto del cual posee un control efectivo, situación que puede materializarse independientemente del cargo, nivel de representación o posición que aquel proveedor o uno de sus integrantes posea o haya poseído respecto de la persona sobre la cual se analiza la configuración del impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley.

En ese sentido, corresponde a cada Entidad *–o al Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando corresponda–* analizar, para cada caso en concreto, si se presenta alguno de los supuestos para la configuración del impedimento previsto en el literal

³ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, décima edición, Pág. 240.

o) del artículo 11 de la Ley, teniendo en cuenta los criterios previstos en la presente opinión.

2.1.3. Sin perjuicio de lo expuesto, y en atención al tenor de la consulta planteada, es importante precisar que la normativa de contrataciones del Estado no define de manera expresa cada una de las calificaciones mencionadas en el literal o) del artículo 11 de la Ley, así como tampoco establece las condiciones que deben verificarse para determinar la configuración del “testaferro”⁴ a que dicho literal hace alusión, lo que no implica que en la práctica tales términos no puedan ser dotados de contenido y -respectivamente- verificarse la configuración del impedimento en mención, en el marco de cada proceso particular, a cargo de la Entidad contratante o del Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda.

En relación con lo anterior, cabe anotar que, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, el testaferro es la "*Persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona*"⁵. Por su parte, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado que la figura del testaferro es "*(...) una modalidad de suplantación o de reemplazo ilegal, para eludir una situación jurídica que impide a determinada persona natural o jurídica a ejercer su derecho de participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado (...)*"⁶.

En ese contexto, si bien la normativa de contrataciones del Estado no establece una definición de testaferro, por doctrina se puede inferir que este concepto se refiere al proveedor que participa en un proceso de contratación prestando su nombre y simulando interés propio, cuando realmente su participación tiene por finalidad eludir la condición de impedido de otro proveedor que tiene el real interés en dicho proceso de contratación.

2.2. ***“¿El impedimento del literal o) del Artículo 11.1 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado será aplicable aun cuando el proveedor impedido acredite que no percibe ni directa ni indirectamente el pago que corresponda a la contratación del proveedor presuntamente "testaferro"; es decir, si se prueba que no hubo aprovechamiento económico material del proveedor impedido sobre las contrataciones que realice la empresa no impedida, no se configura el impedimento?”***

2.2.1. Sobre el particular, es importante anotar que las consultas que absuelve esta Dirección Técnico Normativa son aquellas referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos o casos concretos; en esa medida, en vía de consulta, no es posible determinar si resulta aplicable o no el impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley, en un contexto en el que no se acredite el

⁴ Al respecto, cabe indicar que según el Diccionario Jurídico Elemental, el término “testaferro” es definido como aquel que “presta su nombre o aparece como parte en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, que en verdad corresponde a otra persona”. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”, Heliasta, p.411.

⁵ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición. <http://lema.rae.es/drae/?val=testaferro>

⁶ Resolución N° 793-2015-TCE-S1.

pago directo o indirecto por parte del proveedor impedido a un presunto proveedor testaferro; toda vez que la determinación de dicha figura (del testaferro) y del supuesto de impedimento aludido implica el análisis de elementos particulares que forma parte del caso concreto, a cargo de la Entidad contratante o del Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda.

2.2.2. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado no define de manera expresa cada una de las calificaciones mencionadas en el literal o) del artículo 11 de la Ley, **así como tampoco establece las condiciones que deben verificarse para determinar la configuración del “testaferro” a que dicho literal hace alusión**, lo que no implica que en la práctica tales términos no puedan ser dotados de contenido y -respectivamente- verificarse la configuración del impedimento en mención, **en el marco de cada proceso particular, a cargo de la Entidad contratante o del Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda**.

2.2.3. Si bien la normativa de contrataciones del Estado no establece una definición de testaferro, por doctrina se puede inferir que este concepto se refiere al proveedor que participa en un proceso de contratación prestando su nombre y simulando interés propio, cuando realmente su participación tiene por finalidad eludir la condición de impedido de otro proveedor que tiene el real interés en dicho proceso de contratación.

2.3. *“¿Qué situación de “control efectivo” es el que persigue el impedimento previsto en el literal o) del Artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado? ¿Cuál es la interpretación que debe realizarse sobre la referencia de “control efectivo” para comprobar que la empresa impedida lo está ejerciendo sobre la empresa con la que se pretende eludir su condición de impedida?”.*

2.3.1. Sobre el particular, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha definido de manera expresa que debe entenderse por “**control efectivo**” en los términos del literal o) del artículo 11 de la Ley; sin embargo, ello no implica que dicho término no pueda ser dotado de contenido.

Así, cabe precisar que, de acuerdo a lo señalado por la Real Academia de la Lengua Española, por “**control**”⁷ puede entenderse a la capacidad de “*dominio, mando, preponderancia*”; por su parte, el término “**efectivo**”⁸ es definido como lo “*real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal*”. (El subrayado es agregado).

Adicionalmente, el Anexo de Definiciones del Reglamento realiza una definición de “Control” vinculada a la regulación sobre grupo económico, en los siguientes términos: “*Es la capacidad de dirigir o de determinar las decisiones del directorio, la junta de accionistas o socios, u otros órganos de decisión de una persona jurídica.*” (El subrayado es agregado).

⁷ Conforme a la segunda acepción del término “control” previsto en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española. Información recuperada de: <https://dle.rae.es/?id=AeYZ09V>

⁸ Conforme a la primera acepción del término “efectivo (va)” previsto en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española. Información recuperada de: <https://dle.rae.es/?id=EOlq6RM>

Como puede advertirse, la definición de “*control*” prevista tanto en el Diccionario de Real Academia de la Lengua Española como en el Reglamento guardan coherencia entre sí, ya que ambas implican un dominio o capacidad de dirigir o determinar las decisiones de otra persona; a su vez, el término “*efectivo*” evidencia una situación real y verdadera, es decir que se presente en los hechos.

- 2.3.2. Por lo expuesto, se puede inferir que el “*control efectivo*” al que refiere el literal o) del artículo 11 de la Ley puede entenderse como la capacidad de dominio real que tiene una persona impedida o inhabilitada sobre otra, lo cual implica que –*en los hechos*– pueda dirigir o determinar las decisiones de esta última⁹.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La normativa de contrataciones del Estado no define de manera expresa cada una de las calificaciones mencionadas en el literal o) del artículo 11 de la Ley, así como tampoco establece las condiciones que deben verificarse para determinar la configuración del “testaferro”¹⁰ a que dicho literal hace alusión, lo que no implica que en la práctica tales términos no puedan ser dotados de contenido y - respectivamente- verificarse la configuración del impedimento en mención, en el marco de cada proceso particular, a cargo de la Entidad contratante o del Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda.
- 3.2 Si bien la normativa de contrataciones del Estado no establece una definición de testaferro, por doctrina se puede inferir que este concepto se refiere al proveedor que participa en un proceso de contratación prestando su nombre y simulando interés propio, cuando realmente su participación tiene por finalidad eludir la condición de impedido de otro proveedor que tiene el real interés en dicho proceso de contratación.
- 3.2. El control efectivo al que refiere el literal o) del artículo 11 de la Ley puede entenderse como la capacidad de dominio real que tiene una persona impedida o inhabilitada sobre otra, lo cual implica que –*en los hechos*– pueda dirigir o determinar las decisiones de esta última.

Jesús María, 16 de octubre de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA.

⁹ En concordancia con el criterio establecido mediante Opinión N° 187-2019/DTN.

¹⁰ Al respecto, cabe indicar que según el Diccionario Jurídico Elemental, el término “testaferro” es definido como aquel que “presta su nombre o aparece como parte en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, que en verdad corresponde a otra persona”. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”, Heliasta, p.411.