

## **OPINIÓN N° 117-2019/DTN**

Solicitante: Henry Leonel Guevara Luna Victoria

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

Referencia: Carta S/N recibida el 10.JUN.2019

---

### **1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Henry Leonel Guevara Luna Victoria 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 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° 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 las consultas formuladas son las siguientes:

***2.1. "¿PUEDEN FORMAR CONSORCIO ENTRE SÍ, DOS O MÁS INTEGRANTES DE UN MISMO GRUPO ECONÓMICO – YA SEAN ESTOS INTEGRANTES, PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS INDISTINTAMENTE – Y SER VALIDA SU OFERTA PRESENTADA EN CONJUNTO A UN MISMO PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN? AUN SI, SOLO UNO DE LOS***

***INTEGRANTES DE ESTE GRUPO ECONÓMICO QUE FORMA PARTE DEL CONSORCIO, SE REGISTRÓ COMO PARTICIPANTE? (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 Concurrencia<sup>1</sup>, Competencia<sup>2</sup>, Publicidad<sup>3</sup>, Transparencia<sup>4</sup> e Igualdad de Trato<sup>5</sup>.

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. 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"*.

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"*

---

<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, 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.

*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.

- 2.1.3. Dicho lo anterior, se puede advertir que la consulta formulada se relaciona con la posibilidad de que el impedimento contemplado en el literal p) del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley, alcance a aquella circunstancia en la que dos o más personas que pertenecen a un mismo grupo económico se agrupen en un consorcio para presentar una oferta<sup>6</sup>. Sobre el particular, corresponde exponer las siguientes ideas.

En primer lugar, es pertinente mencionar que, de conformidad con el numeral 7.4, del apartado VII de la Directiva N°005-2019-OSCE/CD **“los integrantes de un consorcio no pueden presentar ofertas individuales ni conformar más de un consorcio en un procedimiento de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procedimientos de selección según relación de ítems”** (El resaltado es agregado)

Como se puede apreciar, durante el desarrollo de un procedimiento de selección, **en el supuesto en que dos o más personas se agrupen en un consorcio, deberán presentar una única oferta a efectos de competir con otros proveedores**. Esta idea es coherente con la razón de ser de la agrupación de proveedores en consorcio, consistente en **complementar** sus recursos, capacidades y aptitudes.

De otra parte, 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”<sup>7</sup>.

Como se aprecia, la ***ratio legis***<sup>8</sup> del referido impedimento reviste especial relevancia para determinar su alcance, pues deja clara la idea de que cuando dos o más personas 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

---

<sup>6</sup> Según el anexo de definiciones del Reglamento el consorcio *“es el contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado”.*

<sup>7</sup> Numeral 2.1.8, del apartado 2 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1341.

<sup>8</sup> 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

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 resaltado es agregado)*

En coherencia con lo expuesto, en virtud de que la afectación de la libre competencia se expresa cuando personas de un mismo grupo económico presentan ofertas individuales (pues la competencia sería aparente), no habría afectación cuando los proveedores –a pesar de pertenecer a un mismo grupo económico– se agrupan en un consorcio durante el desarrollo de un procedimiento de selección, pues estos conforme al extremo de la Directiva N°005-2019-OSCE/CD citado en las líneas anteriores, **están obligados a presentar una única oferta**. Sobre el particular, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado que:

*“(…) no existe disposición expresa en dicha Directiva<sup>9</sup>, en la Ley o el reglamento, que prohíba que miembros de un mismo grupo económico puedan agruparse y presentar una única oferta como consorcio.*

*Por lo tanto, el impedimento bajo análisis, está referido a que los integrantes de un mismo grupo económico están impedidos de presentar más de una oferta en un mismo procedimiento de selección no existiendo restricción para que dichos integrantes puedan agruparse y presentar una única oferta, de manera conjunta, participando en un único consorcio”<sup>10</sup>*

En consecuencia, a partir de lo expuesto hasta este punto se puede concluir que, de conformidad con el impedimento contemplado en el literal p) del numeral 11.1., de la Ley, **las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que forman parte de un mismo grupo económico se encontrarán impedidas de presentar ofertas individuales dentro de un mismo procedimiento de selección**. No obstante ello, **no existe impedimento para que las referidas personas se agrupen como consorcio, a fin de presentar una única oferta**.

2.1.4. Adicionalmente, corresponde mencionar que, de conformidad con lo establecido en el numeral 7.3., del apartado VII de la Directiva N°005-2019-OSCE/CD, en el caso de consorcios, *“basta que uno de sus integrantes se haya registrado como participante en el procedimiento de selección, para lo cual dicho integrante debe*

<sup>9</sup> Se refiere a la Directiva N°005-2019-OSCE/CD “Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado” (Nota agregada).

<sup>10</sup> Literal b), del considerando 39 de la Resolución N° 0640-2019- TCE- S3.

*contar con su inscripción vigente en el RNP correspondiente al objeto del procedimiento*

*Los demás integrantes del consorcio deben contar con inscripción vigente en el RNP, en las demás etapas del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 9 del reglamento”*

En atención del dispositivo citado, una persona registrada como participante podrá agruparse como consorcio con otras personas no registradas, siempre que estas últimas cuenten con inscripción vigente en el RNP en las demás etapas del procedimiento conforme al artículo 9 del Reglamento; ello aun cuando el proveedor registrado y las demás personas integrantes del consorcio formen parte de un mismo grupo económico.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1** De conformidad con el impedimento contemplado en el literal p) del numeral 11.1., de la Ley, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que forman parte de un mismo grupo económico se encontrarán impedidas de presentar ofertas individuales dentro de un mismo procedimiento de selección. No obstante ello, no existe impedimento para que las referidas personas se agrupen como consorcio, a fin de presentar una única oferta.
- 3.2** De conformidad lo establecido en el numeral 7.3. de la Directiva N°005-2019-OSCE/CD, una persona registrada como participante podrá agruparse como consorcio con otras personas no registradas, siempre que estas últimas cuenten con inscripción vigente en el RNP en las demás etapas del procedimiento conforme al artículo 9 del Reglamento; ello aun cuando el proveedor registrado y las demás personas integrantes del consorcio formen parte de un mismo grupo económico.

Jesús María, 12 de julio de 2019

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

RVC.