

OPINIÓN N° 127-2023/DTN

Solicitante: Estudio Ehecopar S.R.L.
Asunto: Impedimentos
Referencia: Formulario S/N de fecha 21.NOV.2023 - Consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Eduardo Ego Aguirre Olórtégui, Representante Legal del Estudio Ehecopar S.R.L., formula consultas relacionadas al impedimento previsto en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

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 sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

2.1. *“En el supuesto que una persona jurídica (A) tenga el mismo objeto social que una persona jurídica inhabilitada por el Tribunal de Contrataciones del Estado (B) y ambas compartan un socio o accionista con más del 30% de propiedad de las acciones o participaciones de cada una, dicha persona jurídica (A) se encontrará impedida de conformidad con el literal s) del artículo 11.1 del TULO de la Ley N.° 30225. En este supuesto, formulamos las siguientes consultas: (...) Si ambas personas jurídicas dejan de compartir al mismo integrante (socio o accionista) porque este deja de ser socio/accionista en la persona jurídica (A), ¿ya no se configurará para esta el impedimento previsto en el literal s) del artículo 11.1 del TULO de la Ley N.° 30225, conforme a lo desarrollado por el OSCE en la Opinión N.° 214-2019/DTN y, por tanto, la persona jurídica (A) de este supuesto dejará de encontrarse impedida conforme a dicho literal?” (Sic).*

2.1.1 En primer lugar, cabe 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 previstos 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, tales como, el principio de Libertad de Concurrencia¹, Competencia², Publicidad³, Transparencia⁴, Igualdad de Trato⁵, entre otros.

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, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico rige el Principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos⁶, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.

2.1.2. Dicho lo anterior, el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, 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. 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.”* (El énfasis es agregado)

Sobre el particular, se puede apreciar que el citado dispositivo contempla dos supuestos que

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 este trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.” Literal b) del artículo 2 de la Ley.

⁶ 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.”

constituyen impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, las cuales se mencionan a continuación: (A) 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, (B) 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 ambos casos siempre que cuenten con el mismo objeto social, lo que revela que la finalidad del artículo consiste en establecer limitaciones a las personas jurídicas.

Dicho esto, corresponde añadir, que la Exposición de Motivos del D.L. N° 1444 ha manifestado, de forma expresa, la finalidad del dispositivo en análisis: “...*busca 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*”. (El énfasis es agregado).

Ahora bien, en ambos supuestos (A) y (B), la Ley es clara al mencionar 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 o participacionistas, 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.

Así, en relación con la consulta formulada, cabe señalar que el referido impedimento ha sido previsto para una persona jurídica que **reúna** las condiciones antes descritas (no pudiendo extenderse por analogía a supuestos distintos), es decir, que mantenga como integrante a alguna de las referidas personas. En ese sentido, cuando estas personas ya no formen parte de la persona jurídica, dicha desvinculación libera del referido impedimento a la mencionada persona jurídica.

Así, producida dicha desvinculación en calidad de integrante dentro de la persona jurídica, esta última dejará de estar impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en virtud del literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

2.2 ***“Si el socio o accionista común de la persona jurídica (A) y la persona jurídica sancionada (B) reduce su participación en la persona jurídica (A) por debajo del 30%, ¿esta última dejará de encontrarse impedida conforme al literal s) del artículo 11.1 del TUO de la Ley N.º 30225”*** (Sic).

2.2.1 Al respecto, la Ley es clara al mencionar que, en el marco del impedimento previsto en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, 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 o participacionistas, **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.**

En ese sentido, en caso el referido “integrante” no supere el porcentaje del **treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social** no se configura una de las condiciones necesarias que prevé el impedimento del literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

3. CONCLUSIONES

3.1. Producida la desvinculación dentro de la persona jurídica, de aquel o aquellos “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, ésta dejará de estar impedida de ser participante, postora, contratista y/o subcontratista en virtud del literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

- 3.2 Asimismo, en caso el referido “integrante” no supere el porcentaje del treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social no se configura una de las condiciones necesarias que prevé el impedimento del literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Jesús María, 13 de diciembre de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.