

OPINIÓN N° 187-2019/DTN

Solicitante: Julio César Gómez Lara
Asunto: Impedimentos
Referencia: Comunicación S/N con fecha de recibido 12.SET.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Julio César Gómez Lara formula consultas sobre los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones realizadas en el marco de 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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo 2 del 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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada mediante 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. *“En la medida en la que la redacción del literal o) del numeral 11.1 del Artículo*

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la última consulta no se encuentra vinculada con las anteriores, ya que ésta se encuentra referida a la causal de impedimento prevista en el literal s) del artículo 11 de la Ley, mientras que las anteriores están relacionadas con la causal de impedimento contemplada en el literal o) del mismo artículo; por lo que ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 90 del TUPA, dicha consulta no será absuelta.

*11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado detalla que el impedimento para las personas naturales o jurídicas que se determinen como “continuación derivación, sustitución o testaferra” de otra inhabilitada se da en función de quienes las “representen”, las “constituyan” o “participen de su accionariado” (todo ello manifestado en **TIEMPO PRESENTE** y coetáneo a la determinación de dicha causal referido a quienes en ese momento las estén representando, constituyendo o participando), se consulta si tal restricción existiría también si es que en el momento de la evaluación del caso YA NO EXISTEN personas que las representen, constituyan o participen de sus accionariado SINO QUE LO HICIERON EN EL PASADO (y que en ese momento ya no tiene tal condición por lo que sería un “representaron”, “constituyeron” o “participaron de su accionariado”); ello más aún si es que el sentido de la norma se orienta a impedir **CONDICIONES EXISTENTES** y no pasadas.” (Sic).*

2.1.1. En primer lugar, corresponde señalar que con la finalidad de lograr la mayor eficacia en las contrataciones públicas –esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones bajo las mejores condiciones y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario²–, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, de manera obligatoria, por licitación o concurso, de acuerdo a los procedimientos y requisitos establecidos en la ley.

En esa línea, debe indicarse que la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

Por otro lado, es necesario mencionar 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 convocan con la finalidad de abastecerse de bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones, **salvo que dicha persona se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.**

Sobre ese punto, resulta necesario precisar que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista –los cuales restringen la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas–, solo pueden ser establecidos mediante ley; asimismo, teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico rige el Principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos³, los impedimentos

² En concordancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

³ 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.” (El subrayado es

previstos en el artículo 11 de la Ley no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.

Señalado lo anterior, en atención a la presente consulta, debe traerse a colación que el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista, independientemente del régimen legal de contratación del cual se trate, *“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 testamento, 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 una persona natural o jurídica que es continuación, derivación, sucesión o testamento. Para ello se entiende que dicha continuación, derivación, sucesión o calidad de testamento 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 esta 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»⁴*. 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**

agregado).

⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, décima edición, Pág. 240.

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.

De lo señalado en dicha opinión, puede advertirse que el hecho de que una persona ya no represente, constituya o participe del accionariado de otra, no implica *–necesariamente y por ese solo hecho–* que esta última deje de encontrarse incurso en el impedimento bajo análisis, ya que este prevé distintos tipos de situaciones o modalidades bajo las cuales puede configurarse; por tanto, deberá realizarse una **evaluación conjunta y razonada** de todos los elementos propios de cada caso, a efectos de determinar si se presenta alguno de los supuestos contemplados 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 o) del artículo 11 de la Ley, teniendo en cuenta los criterios previstos en la presente opinión.

- 2.2. *“En el mismo sentido de la consulta anterior ¿Qué criterios esenciales o factores determinan la existencia del **“control efectivo”** al que se hace mención como elemento de restricción? ¿Este control se halla vinculado a la existencia pasada o presente de apoderados sin cargo de decisión, asesores legales o consultores cuyas funciones no afectan la marcha social de la empresa respecto de la que se juzga su supuesto impedimento? ¿La calificación de “efectivo” de dicho control pasa por la influencia o magnitud o se halla vinculado necesariamente a la naturaleza, jerarquía o facultades del cargo, designación o nombramiento del integrante o apoderado en cuestión?”* (Sic).

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**”⁵ puede entenderse a la capacidad de “dominio, mando, preponderancia”; por su parte, el término “**efectivo**”⁶ 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).

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.

De acuerdo a dichas premisas, 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.

Por tanto, corresponde realizar una evaluación de las circunstancias particulares de cada caso, a efectos de determinar la existencia de un “**control efectivo**” conforme a lo señalado previamente en esta opinión.

Finalmente, cabe reiterar que conforme a lo mencionado en la Opinión N° 101-2018/DTN, el impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley 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 de dicho impedimento.

2.3. “¿Qué criterios objetivos debe tener en cuenta la entidad o el Tribunal de Contrataciones para determinar la existencia de “cualquier otra circunstancia comprobable” en el contexto del numeral o) tantas veces citado? ¿La entidad o el Tribunal puede establecer estas “circunstancias” de modo arbitrario y subjetivo?” (Sic).

De acuerdo a lo señalado previamente, uno de los supuestos del literal o) del

⁵ 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>

⁶ 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=EOIq6RM>

artículo 11 de la Ley se configura cuando se determina que una persona impedida o inhabilitada busca eludir su condición de tal utilizando a otra persona natural o jurídica que es continuación, derivación, sucesión o testamento de ésta; para lo cual, se entiende que dicha continuación, derivación, sucesión o calidad de testamento se da por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o **cualquier otra circunstancia comprobable**.

Respecto de este último punto, cabe precisar que por “*cualquier otra circunstancia comprobable*” la norma se refiere a aquellos hechos o situaciones de carácter objetivo sobre la base de los cuales *-de acuerdo a cada caso concreto-* se puede determinar que una persona es continuación, derivación, sucesión o testamento de un impedido o inhabilitado para contratar con el Estado.

2.4. *¿El impedimento del literal o) citado previamente se extingue en algún momento o afecta a perpetuidad a la persona natural o jurídica no inhabilitada para contratar con el estado a la que se le imputa? En ese sentido, ¿la permanencia en dicha condición de impedido desaparece en caso hubieran variado las condiciones inhabilitantes vinculadas a sus representantes, constituyentes o accionistas? (Sic).*

Tal como se ha señalado al absolver la primera consulta, el hecho de que una persona haya dejado de representar, constituir o participar del accionariado de otra, no implica *-necesariamente y por ese solo hecho-* que esta última deje de encontrarse incurso dentro del impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley, ya que dicho impedimento prevé distintos tipos de situaciones o modalidades bajo las cuales puede configurarse; por tanto, deberá realizarse una **evaluación conjunta y razonada** de todos los elementos propios de cada caso, a efectos de determinar si se presenta alguno de los supuestos que contempla el referido dispositivo.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que el impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley posee un alcance referido a su ámbito y tiempo. En lo que respecta a su alcance temporal, es importante precisar que dicho impedimento se aplica durante todo el tiempo se encuentre impedida o inhabilitada aquella persona que pretende eludir tal condición.

Precisando este último punto, es importante mencionar que para que se configure el impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley, **debe existir en primer lugar una persona impedida o inhabilitada** que intenta eludir dicha condición valiéndose de otra.

Por tanto, el impedimento bajo análisis cesa cuando culmine el periodo de inhabilitación que recae sobre aquella persona que busca eludir dicha sanción (en caso se trate de una sanción temporal) o en su defecto, cuando dejen de configurarse aquellas circunstancias que le impiden a ésta contratar con el Estado.

De igual modo, las condiciones que generan dicho impedimento dejarán de configurarse cuando aquella persona que actuaba como continuación, derivación, sucesión o testamento de una persona impedida o inhabilitada ya no guarde

vinculación con esta y/o cuando aquella persona impedida o inhabilitada ya no ejerza sobre ella un control efectivo, aspectos que deberán ser evaluados según cada caso concreto⁷.

- 2.5. *En el contexto del mismo literal o): ¿La desaparición por variaciones societarias en la empresa inhabilitada respecto de las condiciones de sus representantes, accionistas o constituyentes que asimismo excluyen tal condición en la sociedad no inhabilitada extinguen la existencia del impedimento?* (Sic).

Tal como se ha mencionado anteriormente, el hecho de que una persona haya dejado de representar, constituir o participar del accionariado de otra, no implica –necesariamente y por ese solo hecho– que esta última deje de encontrarse incurso dentro del impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley, ya que dicho impedimento prevé distintos tipos de situaciones o modalidades bajo las cuales puede configurarse; por tanto, deberá realizarse una evaluación conjunta y razonada de todos los elementos propios de cada caso, a efectos de determinar si se presenta alguno de los supuestos que contempla el referido dispositivo.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. 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 una persona natural o jurídica que es continuación, derivación, sucesión o testamento. Para ello se entiende que dicha continuación, derivación, sucesión o testamento se da por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable; o, 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.
- 3.2. El impedimento en mención 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.
- 3.3. El hecho de que una persona haya dejado de representar, constituir o participar del accionariado de otra, no implica –necesariamente y por ese solo hecho– que esta última deje de encontrarse incurso dentro del impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley, ya que dicho impedimento prevé distintos tipos de situaciones o modalidades bajo las cuales puede configurarse; por tanto, deberá

⁷ Para ello deberá realizarse una evaluación conjunta y razonada de todos los elementos que se presenten en cada caso.

realizarse una evaluación conjunta y razonada de todos los elementos propios de cada caso, a efectos de determinar si se presenta alguno de los supuestos que contempla el referido dispositivo.

Jesús María, 25 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP