

OPINIÓN N° 190-2019/DTN

Solicitante: María Deici Insapillo De La Cruz.

Asunto: Impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procesos de contratación pública.

Referencia: Comunicación S/N recibida el 17.SEP.2019.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora María Deici Insapillo De La Cruz formula varias consultas referidas a los impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procesos de contratación pública.

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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión, se entenderá por:

- “**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.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿La inhabilitación temporal o permanente de una persona jurídica que ha cometido una infracción durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225, no trasciende a las sociedades en las que el sancionado tenga acciones que en conjunto superen el 30% del capital o patrimonio social, teniendo en consideración que en el marco de este decreto no estaba tipificado dicho impedimento?”*

- 2.1.1. Las sanciones administrativas se imponen a aquellos participantes, postores, contratistas o subcontratistas, sean personas naturales o jurídicas, que hubiesen incurrido en alguna de las conductas tipificadas como infracciones por el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado.

De conformidad con el numeral 50.4., del artículo 50 de la Ley, se pueden imponer tres tipos de sanciones: i) multa; ii) inhabilitación temporal; iii) inhabilitación definitiva.

La *multa* consiste en la obligación del sancionado de dar una suma de dinero determinada en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). La *inhabilitación temporal* en **la privación, por un periodo determinado, del ejercicio del derecho de participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco y de contratar con el Estado.** La *inhabilitación definitiva* es también la privación del referido derecho, pero de manera permanente.

Dicho anterior, corresponde anotar que la imposición de cualquiera de las sanciones descritas, debe ser resultado del desarrollo de un Procedimiento Administrativo Sancionador, el cual se lleva a cabo de conformidad con las reglas, principios y garantías contemplados en la Ley de Contrataciones del Estado, así como, con lo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General en lo que corresponda.

En ese marco, para la imposición de una sanción administrativa es indispensable que durante el curso del procedimiento administrativo sancionador se pruebe que el participante, postor, contratista o subcontratista haya incurrido en alguna de las conductas tipificadas como infracciones por el artículo 50 de la Ley.

- 2.1.2. Dicho lo anterior, corresponde mencionar que la Ley de Contrataciones del Estado, además de las sanciones, contempla – en su artículo 11– impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista.

De acuerdo con MORON ÚRBINA los impedimentos son *“limitaciones al derecho de contratar con el Estado que se fundan –con alcance total o parcial– por razones de evitar algún aparente conflicto de interés entre el rol del contratista y la función anterior o concurrente que se desempeña, por advertirse que se cuenta con información privilegiada que puede otorgarle ventajas para postular al proceso de selección, por contar con una prohibición anterior y vigente o por inferirse que se trata de una persona jurídica por medio de la cual se intenta evadir el cumplimiento de una sanción anterior vigente”*¹

Como se puede apreciar, los impedimentos son una restricción legal que opera de manera previa al desarrollo de un proceso de contratación. Es decir, basta que alguna persona se encuentre incurso en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 11 de la Ley para que adquiera la condición jurídica de **impedido** y no

¹ MORON URBINA, Juan Carlos. La Contratación Estatal “Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado”. Gaceta Jurídica. Lima, 2016. Pag. 266.

pueda participar en los procesos de contratación llevados a cabo por las entidades del Estado; no siendo necesario que esta persona haya desarrollado una conducta en particular.

Así, por ejemplo, no será necesario que un funcionario o servidor haya utilizado de manera efectiva su influencia para orientar el proceso de contratación en busca de un beneficio particular en desmedro del interés general, sino que basta que adquiriera la condición de funcionario según los alcances del artículo 11, para que tal persona se encuentre impedida.

Como se puede advertir, los impedimentos a diferencia de las sanciones, no son el resultado de la decisión que hubiese tomado el Tribunal de Contrataciones del Estado, luego de que durante el curso de un procedimiento administrativo sancionador se hubiese probado que el contratista vulneró la normativa de contrataciones del Estado cometiendo alguna de las conductas tipificadas como infracciones por el artículo 50 de la Ley.

- 2.1.3. Ahora bien, como se puede deducir, las sanciones de inhabilitación temporal y permanente se constituyen, a su vez, como impedimentos para participar en los procesos de contratación convocados por el Estado. Así lo ha reconocido el literal l), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley.

No obstante lo anterior, **la condición de encontrarse inhabilitado es solo uno de los impedimentos contemplados en el artículo 11 de la Ley.** Como se anotó, el referido artículo contiene un listado de personas que, por diversas circunstancias – como el cargo público que ejercen, su relación de parentesco, el haber sido sancionados, su injerencia directa en la toma de decisiones, el acceso previo a información preparatoria, etc. – se encuentran imposibilitados de participar en las contrataciones del Estado.

En esa línea de ideas, y en relación con la consulta formulada, es importante mencionar el impedimento contemplado en el literal s), el cual, según la exposición de motivos del D.L. 1444, se incorporó a la Ley de Contrataciones del Estado con la finalidad de *“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”*

- 2.1.4. Dicho lo anterior, el literal s) del artículo 11 de la Ley –modificado por el Decreto Legislativo N° 1444- 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, 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, las 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.

Ahora bien, de lo expresado en el documento de la referencia, se puede advertir que la consulta se encuentra vinculada a la segunda de las situaciones descritas en el numeral precedente, es decir, a aquella en la cual una persona jurídica mantiene integrantes que se encuentren sancionados administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado.

En ese contexto, en consideración de lo establecido por el literal s), del artículo 11 de la Ley, se puede inferir que el impedimento en análisis es la consecuencia jurídica que se deriva de la concurrencia de dos condiciones: i) 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; y ii) que dichas personas jurídicas cuenten con el mismo objeto social.

Respecto de la primera condición, 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.

Respecto de la segunda condición, es preciso mencionar que, de conformidad con el criterio expresado en la Opinión N°036-2019/ DTN, contarán con el mismo objeto social aquellas personas jurídicas que realicen las mismas actividades sociales.

En consecuencia, en relación con la consulta formulada, se puede concluir que la persona jurídica que tenga como accionista a otra que se encuentre sancionada con inhabilitación temporal o permanente se encontrará impedida de ser participante, postor, contratista o subcontratista; ello, siempre que la participación de la persona inhabilitada sea superior al 30% del capital o patrimonio social, y que, además,

ambas personas realicen las mismas actividades sociales. El impedimento es aplicable mientras la sanción se encuentre vigente.

- 2.1.5. Es importante mencionar que el impedimento analizado, al haber sido incorporado por el D.L. 1444, es aplicable para los procedimientos de selección que se hubiesen convocado en el marco de su vigencia, esto es, para aquellos convocados a partir del 30 de enero de 2019. Ello, en coherencia con lo prescrito por la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento.

Adicionalmente, se debe reiterar que la finalidad del dispositivo en análisis es evitar que las personas jurídicas inhabilitadas, eludan dicha sanción participando de los procesos de contratación convocados por las entidades utilizando para estos efectos a otra persona jurídica. En relación con ello, la circunstancia de que la sanción de inhabilitación hubiese sido impuesta durante la vigencia del D.L. N°1341, no será relevante a efectos de la configuración del impedimento que es objeto de análisis en la presente opinión.

- 2.2. *“¿La inhabilitación temporal o permanente de una persona jurídica que ha cometido una infracción durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225, no es aplicable a quienes ejercieron la representación legal de la sociedad sancionada, teniendo en consideración que en el marco de este decreto no estaba tipificado dicho impedimento?”*

- 2.2.1. Es pertinente reiterar, que la sanción de inhabilitación temporal o permanente se aplica a aquellas personas naturales o jurídicas que hubiesen incurrido en alguna conducta tipificada como infracción por el artículo 50 de la Ley. Cabe precisar que estas sanciones consisten en la privación temporal o definitiva del derecho de participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco y de contratar con el Estado

Ahora bien, conforme a lo anotado, la Ley de Contrataciones del Estado además de las sanciones administrativas, contempla impedimentos para contratar con el Estado. En relación con la consulta formulada, es importante reiterar que el literal s), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley, establece que se encuentra impedida una persona jurídica que 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; ello, siempre que ambas personas cuenten con el mismo objeto social.

Como se advirtió al absolver la consulta anterior, la Ley establece que a efectos de la configuración de este impedimento serán considerados como integrantes a **los representantes legales**, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares. Asimismo, respecto a la exigencia referida a que las personas jurídicas vinculadas cuenten con el mismo objeto social, debe reiterarse que, de conformidad con el criterio expresado en la Opinión N°036-2019/ DTN, **contarán con el mismo objeto social, aquellas personas jurídicas que realicen las mismas actividades sociales.**

En consecuencia, se puede concluir que la persona jurídica que tenga como representante legal a una persona que, a su vez, es o ha sido representante legal al momento en que se cometió la infracción de otra persona jurídica que se encuentra inhabilitada para contratar con el Estado, se encontrará impedida de ser participante, postor, contratista o subcontratista; siempre que estas personas jurídicas desarrollen las mismas actividades sociales. El impedimento será aplicable mientras la sanción se encuentre vigente.

Para finalizar, en relación con lo anotado en el numeral 2.1.5. de la presente opinión es preciso reiterar que: i) los impedimentos que se derivan del literal s), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley, son aplicables a los procedimientos de selección que se hubiesen convocado en el marco de la vigencia del D.L. N° 1444.; y ii) la circunstancia de que la sanción de inhabilitación hubiese sido impuesta durante la vigencia del D.L. N°1341, no será relevante a efectos de la configuración del impedimento que es objeto de análisis en la presente opinión.

2 CONCLUSIONES

- 3.1. La persona jurídica que tenga como accionista a otra que se encuentre sancionada con inhabilitación temporal o permanente se encontrará impedida de ser participante, postor, contratista o subcontratista; ello, siempre que la participación de la persona inhabilitada sea superior al 30% del capital o patrimonio social, y que, además, ambas personas realicen las mismas actividades sociales. El impedimento será aplicable mientras la sanción se encuentre vigente.
- 3.2. La persona jurídica que tenga como representante legal a una persona que, a su vez, es o ha sido representante legal al momento en que se cometió la infracción de otra persona jurídica que se encuentra inhabilitada para contratar con el Estado, se encontrará impedida de ser participante, postor, contratista o subcontratista; siempre que estas personas jurídicas desarrollen las mismas actividades sociales. El impedimento será aplicable mientras la sanción se encuentre vigente
- 3.3. La finalidad de los impedimentos que se derivan de lo establecido en el literal s), del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley es evitar que las personas jurídicas inhabilitadas, eludan dicha sanción participando de los procesos de contratación convocados por las entidades utilizando para estos efectos a otra persona jurídica. En relación con ello, la circunstancia de que la sanción de inhabilitación hubiese sido impuesta durante la vigencia del D.L.N°1341, no será relevante a efectos de la configuración del impedimento que es objeto de análisis en la presente opinión.

Jesús María, 28 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.