

Interior y del Jefe de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto de la Oficina Nacional de Gobierno Interior;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- DESIGNAR, a partir de la fecha, al Ingeniero Industrial ITALO HERNAN AMAYA GARCIA, como Jefe de la Oficina de Inversiones de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto de la Oficina Nacional de Gobierno Interior, cargo considerado de confianza.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN ENRIQUE PESTANA URIBE
Jefe de la Oficina Nacional
de Gobierno Interior (e)

1087781-1

**ORGANISMOS TECNICOS
ESPECIALIZADOS**

**ORGANISMO SUPERVISOR
DE LAS CONTRATACIONES
DEL ESTADO**

**Acuerdo de Sala Plena sobre los
criterios de aplicación del literal k) del
artículo 10 de la Ley de Contrataciones
del Estado**

ACUERDO N° 015/2013

02.12.2013

En la SESIÓN No. 006/ 2013 de fecha 02 de diciembre del 2013, los vocales integrantes del Tribunal de Contrataciones del Estado, acordaron por unanimidad:

**ACUERDO DE SALA PLENA SOBRE LOS
CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL LITERAL K) DEL
ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL
ESTADO**

I. ANTECEDENTES

1. El ordenamiento en materia de contrataciones del Estado ha consagrado, como regla general, la posibilidad de que toda persona natural o jurídica pueda participar en los procesos de contratación, en condiciones de libre concurrencia y competencia.

2. Sin embargo, precisamente a efectos de garantizar la libre concurrencia y competencia en los procesos de contratación que desarrollan las Entidades, la normativa establece ciertos supuestos que limitan a una persona natural o jurídica a ser participante, postor y/o contratista del Estado, debido a que su intervención en los procesos de compra puede afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia con que se debe obrar en los procesos de selección, debido a la naturaleza de sus atribuciones o por la condición que ostentan.

3. Atendiendo a lo anterior, el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, regula una serie de restricciones a la participación de postores en los procesos de selección, contemplando como impedimento para ser postor y/o contratista del Estado, entre otros supuestos, el establecido en su literal k), en virtud del cual se encuentran impedidas de ser participantes, postores y/o contratistas:

"las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente."

4. Según este Tribunal ha podido apreciar, constituye un rasgo común en los procedimientos administrativos sancionadores y recursos de apelación sujetos a su conocimiento, los diferentes criterios que Entidades y administrados asumen respecto al sentido y alcance de los supuestos que la referida norma comprende.

5. Dicha situación ha podido evidenciarse, inclusive, en algunas resoluciones que este Tribunal ha emitido a lo largo de los últimos años (2009-2012), lo cual, en lugar de generar predictibilidad en los administrados, determina situaciones de inseguridad jurídica que no coadyuvan a la transparencia y eficiencia del sistema de compras públicas.

6. En este contexto se hace imperativo que este Tribunal emita un Acuerdo de Sala Plena que, a partir de la regulación vigente, recoja con precisión los elementos que el literal k) del artículo 10 de la Ley exige para que se configure el impedimento para ser participante, postor y/o contratista del Estado, tomando como marco que el referido dispositivo, en cuanto constituye una norma que restringe derechos, debe ser interpretado de forma restrictiva.

7. En este punto, es preciso indicar que el presente Acuerdo se emite sin que este Tribunal desconozca el carácter imperfecto del dispositivo que es objeto de su análisis, lo cual justifica una futura modificación legislativa que perfilé su sentido y ámbito de aplicación, a efectos de no generar interpretaciones erradas, sesgadas o incentivos perversos en su aplicación por parte de los agentes del mercado. Sin embargo, dicha situación no impide que este Tribunal establezca el presente Acuerdo desarrollando los elementos, requisitos y restricciones contenidas en la norma vigente.

II. MARCO LEGAL

Artículo 10° de la Ley:

"Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos;

b) En el ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Presidentes, Vicepresidentes y los Consejeros de los Gobiernos Regionales;

c) En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores;

d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de

confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia;

e) En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión;

f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

g) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria;

h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria;

i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;

j) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su Reglamento;

k) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente;

l) Otros establecidos por ley o por el Reglamento de la presente norma.

Las propuestas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por no presentadas. Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante y de los contratistas que celebraron dichos contratos".

III. ANÁLISIS

1. Las personas jurídicas gozan de independencia y su responsabilidad se limita al número de acciones. No obstante ello, en nuestro ordenamiento existen una serie de supuestos en los que la norma recurre al criterio de vinculación económica (en razón de la propiedad de las acciones, del ejercicio de actos de gestión u otros) con la finalidad de evitar que, en mérito a la independencia jurídica, una persona eluda sus obligaciones y/o sanciones, incurriendo de esta manera en fraude en la ley. En estos casos, la legislación¹ ha previsto una serie de supuestos en los que se trasciende la independencia

jurídica de la persona sancionada para apreciar la conducta o incidencia que puedan tener los involucrados en su gestión y/o control, en otro proveedor del Estado, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los efectos de la sanción.

2. Es así que el artículo 10, inciso k), de la Ley establece criterios referidos tanto al porcentaje de propiedad de las acciones como al control que se ejerce sobre los proveedores del Estado a través de administradores comunes, de manera que el referido dispositivo persigue impedir que el proveedor que ha sido sancionado con inhabilitación temporal o permanente para contratar con el Estado, lo haga a través de una persona jurídica diferente, ya sea porque quienes lo integran, representan o dirigen (socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales) tienen en ésta un porcentaje de participación –o son titulares de sus acciones–, la representan o porque participan de su dirección. Inclusive, dicho dispositivo se extiende a aquellos casos en los cuales quienes integran, representan o dirigen al proveedor sancionado hayan dejado de hacerlo, dado que, para efectos del impedimento, bastaría que hayan ejercido dichas actividades dentro de los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción.

3. En ese sentido, para la configuración del literal k) del artículo 10º de la Ley, se exige que el proveedor sancionado intervenga en el mercado de compras públicas, a través de otra persona jurídica, si bien es cierto, no de forma directa, sino a través de quienes son o fueron (en los últimos doce meses de impuesta la sanción) sus accionistas, representantes legales o directivos. De este modo, dicha persona jurídica (a quién, en lo sucesivo, denominaremos la "persona jurídica vinculada") queda impedida para ser participante, postor y/o contratista del Estado, por estar integrada, representada o dirigida por quienes son o fueron (en los últimos doce meses de impuesta la sanción) socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales del proveedor sancionado.

4. En este contexto, a tenor de lo establecido en el literal k) del artículo 10º de la Ley, la "persona jurídica vinculada" se encuentra impedida de ser participante, postor y/o contratista del Estado en los supuestos siguientes:

a. Si sus socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales forman parte del proveedor sancionado. Es decir, en el momento en que participa en el proceso, es postor o suscribe un contrato con una Entidad, la "persona jurídica vinculada" y el proveedor sancionado comparten simultáneamente socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales.

b. Si sus socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formaron parte del proveedor sancionado dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la sanción. Es decir, cuando los socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de la "persona jurídica vinculada" (que pueden tener dicha condición por adquisición de las acciones, por haber adquirido dicho estatus o cargo dentro de la empresa, o por haber creado

¹ Es necesario precisar que las normas de vinculación y grupo económico están reguladas de manera expresa en la Resolución Conasev N° 090-2005-EF-94.10 y en el ámbito tributario tienen una regulación especial en la Ley del Impuesto a la Renta. En materia laboral, si bien no hay regulación expresa, la vinculación de empresas es permanentemente utilizada

la "persona jurídica vinculada", entre otras situaciones), formaron parte del "proveedor sancionado", en el pasado (dentro de los doce (12) meses siguientes a la imposición de la sanción).

Cabe resaltar que ambos supuestos comprendidos en el literal k) del artículo 10 de la Ley presuponen la vinculación existente entre dos personas jurídicas distintas: el "proveedor sancionado" y la "persona jurídica vinculada", realidad que sustenta extender los efectos de la sanción a esta última que, no obstante no encontrarse sancionada, queda impedida de ser participante, postor y/o contratista del Estado en atención a las personas que la integran, representan y/o dirigen.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el referido impedimento surte efectos para la "persona jurídica vinculada", durante el periodo de vigencia de la sanción impuesta al "proveedor sancionado", pues, una vez agotada ésta, el sustento del impedimento fenecce.

5. Las precisiones que anteceden, permiten advertir con mayor claridad aquellos supuestos en los que el impedimento de la "persona jurídica vinculada" no se configura en razón de la interpretación restrictiva que debe efectuarse de las normas que restringen derechos (como es el caso del artículo 10 de la Ley) y en aplicación del principio de tipicidad que rige en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal.

Es así que el impedimento establecido en el literal k) del artículo 10 de la Ley no podría configurarse en caso la supuesta "persona jurídica vinculada" ya no cuente con la persona que la vinculaba con el proveedor sancionado, o si es que dicha persona dejó de formar parte del proveedor sancionado antes de que le sea impuesta la sanción.

6. Es preciso indicar que cuando el vínculo entre la "persona jurídica vinculada" y el "proveedor sancionado" se genera por la participación que tiene un socio, accionista, participacionista o titular en la persona jurídica vinculada y que tiene o tuvo en el "proveedor sancionado", se requiere que dicha participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, en ambas.

Sin embargo, dicha participación mínima no es exigible para el integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal de la "persona jurídica vinculada", que es o fue (en el tiempo ya precisado) socio, accionista, participacionista o titular del "proveedor sancionado". En este caso, la participación mínima de dicha persona sólo resulta exigible en el "proveedor sancionado".

En igual sentido, dicha participación mínima en el capital o patrimonio social no es exigible para quien es o fue (en el tiempo ya precisado) integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal del "proveedor sancionado" que es socio, accionista, participacionista o titular de la "persona jurídica vinculada". En este caso, la participación mínima de dicha persona sólo resulta exigible en la "persona jurídica vinculada".

Finalmente, dicha participación mínima tampoco es exigible cuando el vínculo entre la "persona jurídica vinculada" y el "proveedor sancionado" se genera por compartir o haber compartido integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales.

IV. ACUERDO

En aplicación del literal k) del artículo 10 de la Ley, el Tribunal acuerda los siguientes criterios de interpretación:

1. Se encuentra impedido de ser participante, postor y/o contratista del Estado:

a) La persona jurídica cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales forman parte del proveedor sancionado. Es decir, en el momento en que participa en el proceso, es postor o suscribe un contrato con una Entidad, ella y el proveedor sancionado comparten simultáneamente socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales.

b) La persona jurídica cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formaron parte del proveedor sancionado dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la sanción. Es decir, cuando los socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de ella (que pueden tener dicha condición por adquisición de las acciones, por haber adquirido dicho estatus o cargo dentro de la empresa, o por haberla creado, entre otras situaciones), formaron parte del "proveedor sancionado", en el pasado (dentro de los doce (12) meses siguientes a la imposición de la sanción).

2. En todos los casos, el impedimento establecido en el literal k) del artículo 10 de la Ley es aplicable durante el periodo de vigencia de la sanción impuesta al "proveedor sancionado".

3. El impedimento establecido en el literal k) del artículo 10 de la Ley no se configura en caso la persona jurídica ya no cuente con quien la vinculaba con el proveedor sancionado, o si es que éste había dejado de formar parte del proveedor sancionado antes de que le sea impuesta la sanción.

4. Cuando el vínculo entre la "persona jurídica vinculada" y el proveedor sancionado se genera por la participación que tiene un socio, accionista, participacionista o titular en la "persona jurídica vinculada" y que tiene o tuvo en el "proveedor sancionado", se requiere que dicha participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, en ambas.

Dicha participación mínima no es exigible:

a) Para el integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal de la "persona jurídica vinculada", que es o fue socio, accionista, participacionista o titular del "proveedor sancionado". En este caso, la participación mínima solo es exigible respecto del "proveedor sancionado".

b) Para quien es o fue integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal del "proveedor sancionado", que es socio, accionista, participacionista o titular de la "persona jurídica vinculada". En este caso, la participación mínima solo es exigible respecto de la "persona jurídica vinculada".

c) Cuando el vínculo entre la "persona jurídica vinculada" y el "proveedor sancionado" se genera por compartir o haber compartido integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales.

Mario F. Arteaga Zegarra

María H. Becerra Farfán

Renato Delgado Flores

Otto Egúsqüiza Roca

Violeta L. Ferreyra Coral

Héctor M. Inga Huamán

María Elena Lazo Herrera

Ana T. Revilla Vergara

María Rojas de Guerra

Mariela Sifuentes Huamán

Adrián J. Vargas de Zela

Víctor Villanueva Sandoval

Efraín Pacheco Guillén
Secretario

1087970-1

