



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Sumilla: *“(…) como ya ha sido señalado, el principio de prohibición de analogía impide hacer extensivo un impedimento a situaciones que no se encuentran comprendidas en su tipificación, incluso si se estima que la ratio legis de la disposición ordenaría tal incorporación, dado que el razonamiento por analogía se encuentra prohibida en el ámbito de normas restrictivas de derechos”.*

Lima, 13 de junio de 2024.

VISTO en sesión del 13 de junio de 2024, de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 4818/2024.TCE, sobre el recurso de apelación interpuesto por el postor **MERCANTIL S.A.**, en el marco de la Licitación Pública N° LP-SM-21-2023-SEDAPAL-1, para el *“Suministro de Carbón Activado en Polvo”*; atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. El 29 de noviembre de 2023, el **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL**, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la **LICITACIÓN PÚBLICA N° LP-SM-21-2023-SEDAPAL-1**, para el *“Suministro de Carbón Activado en Polvo”*; con un valor estimado de US\$ 19'071,900.00 (diecinueve millones setenta y un mil novecientos con 00/100 dólares norteamericanos), en lo sucesivo **el procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N°082-2019-EF, en lo sucesivo **la Ley**, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°344-2018-EF y modificatorias, en lo sucesivo **el Reglamento**.

El 28 de febrero de 2024, se llevó a cabo la presentación de ofertas, y el 26 de abril de 2024 se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro al postor **CONSORCIO GENER SOL S.A.C-GENERATION SOLUTIONS S.A.** integrada por la empresa **GENERATION SOLUTIONS S.A. (con RUC N° 99000025344)** y por la empresa **GENER SOL S.A.C. (con RUC N° 20611868465)**, en lo sucesivo **el**



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Adjudicatario, por el monto de su oferta ascendente a US\$ 15,399,000.00 (quince millones trescientos noventa y nueve mil con 00/100 dólares norteamericanos) conforme al siguiente detalle:

POSTOR	ETAPAS					BUENA PRO
	ADMISIÓN	EVALUACIÓN			CALIFICACIÓN	
		OFERTA ECONÓMICA US\$	PUNTAJE TOTAL	OP.*		
CONSORCIO GENSOL S.A.C-GENERATION SOLUTIONS S.A	ADMITIDA	15'399,000.00	100	1	CALIFICADA	SÍ
MERCANTIL S.A.	ADMITIDA	17'310,600.00	90.06	2	CALIFICADA	NO
ACTIVIDADES TECNICO INDUSTRIALES S.A.C.	ADMITIDA	19'350,000.00	71.62	3	CALIFICADA	NO

**Orden de prelación.*

2. Mediante Escrito N° 1, presentado el 9 de mayo de 2024, ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, el postor **MERCANTIL S.A. (con RUC N° 20100312736)**, en lo sucesivo **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro, solicitando que: i) se revoque la buena pro otorgada al Adjudicatario; y, ii) se le otorgue la buena pro, sobre la base de los siguientes argumentos:

- El comité de selección ha transgredido la normativa de contrataciones del Estado por haber otorgado la buena pro al Adjudicatario sin verificar que este se encuentra incurso en el impedimento contemplado en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, dado que uno de sus consorciados fue sancionado a través de la Resolución N°4122-2023-TCE-S2 de fecha 26 de octubre de 2023, y siendo que el apoderado de dicha empresa en el presente procedimiento de selección también fue apoderado de las empresas sancionadas por dicha Resolución.
- El literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley señala que se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas aquellos que: i) cuenten con el mismo objeto social, y, ii) que sus 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,



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

entendiéndose por integrantes, a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, entre otros.

En el presente caso, los consorciados del Adjudicatario cuentan con el mismo objeto social “trading, importación y distribución de productos y servicios para la industria eléctrica, petroquímica y de agua”. Asimismo, el apoderado común, el señor Diego Aquino Enrique Bolívar Martínez, también es representante de los consorciados.

- Pese a lo señalado, el Adjudicatario presentó el Anexo N° 2 Declaración jurada que señala “ii. No tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado”.
 - Al 26 de octubre de 2023, fecha de emisión de la Resolución 4122-2023-TCE-S2, el señor Diego Aquino Enrique Bolívar Martínez era el representante del Consorcio Habilis S.A. – Generation Solutions Perú S.A.C. y de las empresas integrantes del mismo, Habilis S.A. y de Generation Solutions Perú S.A.C. Asimismo, actualmente, es representante del Adjudicatario y de sus empresas consorciadas.
 - Por lo expuesto, el Adjudicatario, así como sus empresas consorciadas, incurrieron en un impedimento para ser participantes y/o postores de un procedimiento de selección, conforme lo establecido en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por lo que se debe dejar sin efecto la buena pro otorgada, debiéndosele otorgar a su representada por quedar en segundo lugar en el orden de prelación.
3. Con decreto del 15 de mayo de 2024, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante. Asimismo, se corrió traslado a la Entidad para que, en un plazo de tres (3) días hábiles, registre en el SEACE el informe técnico legal en el cual indique expresamente su posición respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente, y de comunicar a su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplimiento.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

De igual forma, se dispuso notificar el recurso de apelación a los postores distintos al Impugnante, que puedan verse afectados con la decisión del Tribunal, para que, en el plazo de tres (3) días hábiles, puedan absolverlo.

4. Mediante escrito N° 1 presentado en la Mesa de Partes Digital del Tribunal el 20 de mayo de 2024, el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento, manifestando, entre otros aspectos, lo siguiente:

- El Impugnante comete un error al afirmar que el señor Diego Aquino Enrique Bolívar Martínez era “representante legal” de las empresas sancionadas, toda vez que su participación fue en su condición de “apoderado” y no de “integrante”, es decir, no fue representante legal, ni órgano de administración, ni socio ni accionista. Así, se advierte que existe un error por parte del Impugnante cuando le atribuye la calidad de “impedidos” sin haber analizado la diferencia jurídica y societaria de “apoderado” y “representante”.
- De acuerdo con el principio de legalidad, para poder atribuir la calidad o condición de “integrante” a una persona, se debe ceñir expresamente a lo que señala la Ley. Al respecto, el literal s) del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley, consigna de forma enumerada, taxativa y cerrada, qué es lo que se debe entender como “integrante” y ha señalado sólo seis (6) cargos: representante legal, integrante del órgano de administración, socio, accionista, participacionista y titular.
- Si bien “apoderado” y “representante legal” cuentan con similitudes y características en común, lo cierto es que son diferentes jurídicamente. Así, la “representación legal” es un mandato de la ley y es obligatorio, mientras que la designación de un “apoderado”, nace de la voluntad y decisión de una junta de accionistas o del gerente general, mas no por un mandato legal.

Asimismo, de acuerdo al artículo 188 de la Ley General de Sociedades, el gerente general es quien goza de la atribución de representar a la sociedad, así como otras facultades legales por su solo nombramiento, como ejercer actos de administración; mientras el “apoderado” es una persona que tiene facultades o poderes de otra persona para realizar actos en su



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

nombre, los cuales deben ser expresamente consignados en el documento de otorgamiento de facultades y ejerce actos de disposición.

- En el marco de las contrataciones del Estado, el OSCE, a través de diversos pronunciamientos, como los considerandos 16, 17, y 18 de la Resolución N° 2782-2019-TCE y los considerandos 13 y 16 de la Resolución N° 1309-2020-TCE, y la Opinión N° 192-2018/DTN, precisan las diferencias entre “representante legal” y “apoderado”, que en resumen señalan que si bien todo representante legal tiene la condición de apoderado, solo aquel que ostente representación legal puede ser considerado como “integrante” en el marco del literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, para tal efecto es necesario que sus facultades emanen de un mandato normativo, en esa medida, no todo apoderado puede ser calificado como “integrante” sino solo aquel que ostente representación legal. Por lo que el mencionado dispositivo legal no contempla a los “apoderados” en la relación de “integrantes” impedidos de participar de procesos públicos, sólo considera a los “representantes legales”.

Por lo expuesto, solicita se declare infundado el recurso presentado por el Impugnante y se ratifique la buena pro otorgada a su representada.

5. Mediante decreto del 23 de mayo de 2024, se tuvo por apersonado al Adjudicatario en calidad de tercero administrado y por absuelto el recurso de apelación.
6. Con decreto del 23 de mayo de 2024, habiéndose verificado que la Entidad registró en el SEACE el Informe Técnico Legal N° 001-2024-LP N° 0021-2023-SEDAPAL; el expediente fue remitido a la Sexta Sala del Tribunal para que resuelva la presente controversia; siendo recibido el mismo día por el vocal ponente.

En el referido documento, la Entidad manifiesta lo siguiente:

- Antes de otorgar la buena pro, se verificó que los integrantes del Adjudicatario no se encuentren con sanción vigente por el Tribunal.
- Todas las actuaciones realizadas por el comité de selección, estuvieron en el marco del cumplimiento de la normativa de contrataciones, no



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

correspondiendo analizar información o búsqueda de sanciones de otras empresas que no participaron en el procedimiento de selección.

- El Adjudicatario declaró en su Anexo N° 2 Declaración Jurada “*No tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado*”, por lo que su documentación se encuentra sujeta al principio de presunción de veracidad, por el cual se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, salvo prueba en contrario. Y en el presente caso, no se advierte documentación que obre o que haya sido presentada por el impugnante que desvirtúe dicha presunción.
 - Por lo expuesto, se recomienda que se declare infundado el recurso de apelación interpuesto.
7. Por decreto del 23 de mayo de 2024, se programó audiencia pública para el 29 de mayo de 2024.
 8. El 29 de mayo de 2024 se llevó a cabo la audiencia pública con la participación de los representantes del Impugnante y del Adjudicatario.
 9. Mediante decreto del 29 de mayo de 2024, a fin de contar con mayores elementos para resolver, se requirió la siguiente información:

“AL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL

- *Sírvase remitir un informe legal complementario en el que su oficina de asesoría legal señale su posición de fondo respecto de los argumentos presentados por el Impugnante en el marco de su recurso, tomando en consideración los argumentos de defensa del postor adjudicatario [CONSORCIO GENER SOL S.A.C-GENERATION SOLUTIONS S.A.] referidos a que el representante común de un consorcio no puede ser considerado representante legal para efectos de la aplicación del impedimento dispuesto en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado.*

*La información requerida deberá ser remitida en el plazo de **seis (6) días hábiles** a la Mesa de Partes Digital del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE a la cual se accede a través del portal web institucional www.gob.pe/osce, para dicho efecto puede consultar la guía disponible en el siguiente enlace <https://bit.ly/2G8XITH>, según lo dispuesto en el Comunicado N° 022-2020-OSCE.*



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

10. Mediante escrito N° 04, presentado en la Mesa de Partes Digital del Tribunal el 29 de mayo de 2024, el Impugnante señaló lo siguiente:

- Acompaña a su escrito dos (2) opiniones de expertos legales de reconocida trayectoria en contrataciones del Estado, que respaldan de forma objetiva la posición de su representada. Asimismo, señala que el Tribunal, en su Resolución N° 3108-2023-TCE-S3, se ha pronunciado respecto a que el representante común del consorcio es un representante legal con dichas facultades, precisando que no es incorrecto que al representante común también se le denomine representante legal.
- Respecto al Informe de uno de los expertos, el abogado Sergio Tafur Sánchez, se señala lo siguiente:
 - i) En el ámbito de las contrataciones del Estado, existe regulación especial con relación a la figura del representante común, como es el numeral 7.4.2 de la Directiva N° 005-2019/OSCE, que indica que la promesa de consorcio debe tener elementos mínimos, entre otros, la designación del representante común, el cual tiene facultades para actuar en nombre y representación del consorcio, en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato, con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir con las obligaciones que se deriven de su calidad de postor y de contratista hasta la conformidad o liquidación del contrato, según corresponda. Asimismo, señala que dicho representante común no debe encontrarse impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado. Entonces, el representante común es, en esencia, un “representante legal”.
 - ii) El consorcio no constituye una persona jurídica distinta de los miembros que la integran, sino que su naturaleza jurídica es simplemente la de un contrato asociativo, por ende, el representante del mismo, no puede representar a un “contrato”. Así pues, de acuerdo a la normativa de contrataciones, como el artículo 13.2 de la Ley y los literales b) y h) del Reglamento, el representante común en realidad ejerce la representación de los consorciados, dentro de las facultades y funciones que dicha normativa le asigna.
 - iii) Entonces, si una empresa se presenta a un procedimiento de selección en consorcio y designa como representante común a una persona, que



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

a su vez fue el representante común designados por empresas que cuentan con sanción de inhabilitación vigente, se está ante el supuesto de impedimento previsto en el literal s) del artículo 11 de la Ley.

- iv) Finalmente, se debe tener en cuenta la *ratio legis* o razón de ser del supuesto infractor previsto en el literal s) del artículo 11 de la Ley, el cual se orienta a no dejar indemnes o impunes a quienes por razón de la función o posición que han ostentado en el momento de la comisión de la infracción, tenían un deber de cuidado, supervisión, control y/o diligencia precisamente para evitar la conducta indebida.
- Respecto al Informe del abogado Mario Linares Jara, el segundo experto, se señala lo siguiente:
 - i) Los representantes comunes de los consorcios son representantes legales de facto debido al reconocimiento que tanto el bloque normativo de contratación pública, así como la *ratio legis* y régimen de inhabilidades para contratar con el Estado, le atribuye.
 - ii) Los consorcios cuyos representantes legales y/o apoderados que hayan pertenecido a una empresa sancionada por el Estado, se encuentran dentro de los impedimentos señalados en el artículo 11 de la Ley.
 - iii) De acuerdo a lo señalado en el literal b) del numeral 7.4.2 de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD, el representante común del consorcio tiene facultades para actuar en nombre y representación del consorcio, en todos los actos del procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato, por lo que se está ante un representante legal “de facto”, ya que ejerce las mismas facultades del representante legal, es quien además suscribe en representación de los integrantes del consorcio, participa en reuniones, dota seguridad y legalidad a las actuaciones que el consorcio realiza, entre otros.
 - iv) De acuerdo a la *ratio legis* del literal o) del artículo 11 de la Ley, por razones de transparencia, moralidad o idoneidad personal o empresarial, se restringe la participación de empresas sancionadas con la suspensión temporal o definitiva respecto a su derecho para contratar con el Estado, sanción que deberá constar de acuerdo a la regulación nacional en el Registro Nacional de Proveedores-RNP. Así, una sanción puede extenderse al socio temporal o consorciado para ejecutar un contrato, a las empresas vinculadas mediante accionariado, a las empresas de un mismo grupo empresarial e inclusive a las empresas que utilizan a los mismos representantes legales. En ese sentido, a los consorcios representados por el mismo



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

apoderado le es aplicable el régimen de inhabilidades para contratar, cuando hayan pertenecido a una empresa sancionada por el Estado.

11. Mediante escrito N° 02, presentado en la Mesa de Partes Digital del Tribunal el 30 de mayo de 2024, el Adjudicatario solicitó copia de la grabación de la audiencia llevada a cabo el 29 de mayo de 2024.
12. Mediante escrito N° 05, presentado en la Mesa de Partes Digital del Tribunal el 3 de junio de 2024, el Impugnante solicitó copia de la grabación de la audiencia llevada a cabo el 29 de mayo de 2024.
13. Mediante escrito N° 03, presentado en la Mesa de Partes Digital del Tribunal el 5 de junio de 2024, el Adjudicatario señaló lo siguiente:
 - El Impugnante ha incorporado un “nuevo hecho”, consistente en que “el representante común del consorcio tiene la condición de representante legal”, lo cual no fue manifestado en su recurso de apelación, y sus fundamentos estaban centrados en que el señor Diego Bolívar era apoderado de las dos empresas consorciadas que fueron sancionadas mediante Resolución N° 4122-2023-TCE-S2. Este nuevo hecho fue incorporado recién en su escrito N° 4 presentado el mismo día de la audiencia pública programada, lo cual manifiesta la mala fe del Impugnante, ya que esperó el día del informe oral para traer a debate su nueva postura. Si bien esta acción desde hace muchos años ha sido proscrita por el Tribunal, debido a que vulnera el derecho de defensa y debido procedimiento, dicha acción indujo a error al Tribunal, permitiendo éste tal acción.
 - Solicitan al Tribunal que, en aplicación del principio de legalidad y preclusión procesal regulados por el artículo 125 del Reglamento y Acuerdo de Sala Plena N° 002-2012, se declare improcedente y se rechace el nuevo hecho expuesto en el escrito N° 4 del Impugnante, por ser extemporáneo y por no haber sido puesto en conocimiento de parte de su representada y del Tribunal en el recurso de apelación respectivo.
 - Sin perjuicio de lo señalado, y sin que signifique una renuncia a su solicitud de improcedencia al Tribunal, su representada cree por conveniente pronunciarse sobre el nuevo hecho planteado por el Impugnante, a fin de acreditar que no es correcto el pretender equiparar o igualar la designación



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

del representante común del consorcio con el de representante legal, toda vez que son “términos jurídicos” diferentes, y la ley no los considera como iguales.

- Asimismo, señala que se debe tener en cuenta que los impedimentos para ser postor o contratista, solo pueden ser establecidos por ley, es decir, que la restricción de la libre participación en los procesos de contratación estatal se efectúa de manera excepcional, en tanto limita el ejercicio de un derecho constitucional, y ello se da sobre la base de impedimentos taxativamente determinados por mandato legal, y mediante un listado cerrado que prescribe el artículo 11 de la Ley, no pudiendo contemplarse más limitaciones o impedimentos que las determinadas. Por lo que no resulta jurídicamente viable realizar una interpretación extensiva o analógica con el ánimo de limitar derechos o imponer sanciones.
- Agrega que el literal s) del numeral 11.1 de la Ley, establece que se encuentran impedidos de ser postores las personas jurídicas que tengan a una persona que haya sido “integrante” de una empresa sancionada, y que para estos efectos, por integrantes se debe entender de forma cerrada y taxativa a los “representantes legales”, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares, sin analogías ni interpretaciones forzadas, pues la norma no señala alguna de las frases como “u otras designaciones cuya condición sea similar a alguno de los cargos descritos” o “u otras formas de representación”. Lo cual ha sido también señalado por la Opinión N° 192-2018/DTN, en su numeral 2.1.3. que señala: *“(…) el “representante legal” se encuentra comprendido dentro del listado de personas que deben ser consideradas como integrantes, a efectos de analizar la configuración del impedimento regulado en el literal s) del artículo 11 de la Ley modificado por el Decreto legislativo N° 1444); mientras que el término “apoderado” no ha sido incluido en la redacción del referido dispositivo.”*
- En la verificación de SUNAT y SUNARP, tanto en la empresa Generation Solutions Perú S.A.C. como en la empresa Habilis Sociedad Anónima, ambas sancionadas mediante Resolución N° 4122-2023-TCE-S2, el señor Diego Bolívar Martínez, se encuentra como “apoderado”, lo que demuestra que ambas empresas convinieron voluntariamente en otorgar poderes a dicho señor para que actué en su representación para fines licitatorios, mas no teniendo participación en la conducción ni toma de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

decisiones de las empresas, al no formar parte de los órganos de administración, ni ejercer su representación legal.

- En la verificación de SUNAT y SUNARP, tanto en la empresa Genersol S.A.C. como en la empresa Generation Solutions S.A., ambas empresas que conforman su representada en el presente caso, no sancionadas, el señor Diego Bolívar Martínez, se encuentra como “apoderado”, lo que demuestra que ambas empresas convinieron voluntariamente en otorgar poderes a dicho señor para fines licitatorios, en mérito a su experiencia previa en la realización de dichas actividades, sin que por ello se constituya en su representante legal o integre los órganos de administración para la toma de decisiones al interior de las empresas.
- Respecto a lo anterior, señalan que el representante común de un consorcio no ejerce “per se” la representación legal del mismo, dado que dicha facultad no emana de mandato legal previsto en una norma con rango de ley, sino de la voluntad y decisión de los consorciados, es decir de un nombramiento contractual basado en la asociación mutua.
- En adición a lo anterior, señala que el término “común”, no consta en la Ley General de Sociedades, sino que es un uso y costumbre para nombrar a quien representa a los integrantes del negocio. Asimismo, el uso de término “representante común” en los contratos de colaboración empresarial, como el consorcio, se limita a una representación general, para fines licitatorios y para un único proceso de selección determinado, contrario a un “representante legal” que no cuenta con tal limitación y tiene vocación de permanencia.
- El Impugnante señala que las facultades del representante común emanan de una norma, la Directiva N° 005-2019/OSCE, al igual que las facultades del representante legal que emanan de la Ley General de Sociedades. Sin embargo, ello no es cierto, pues jurídicamente no se encuentran en el mismo nivel o rango legislativo.
- Respecto a la Resolución N° 3108-2023-TCE-S3, que utiliza el abogado Sergio Tafur para afirmar que ambos cargos son lo mismo, no es aplicable en el presente caso, ya que corresponde a una situación jurídica distinta, pues el Tribunal no sustenta una suerte de equivalencia o igualdad entre ambos términos jurídicos, sino que utiliza la palabra “denominar”, que

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

significa que al representante común se le puede nombrar o calificar como representante legal, lo que es diferente a decir que ambos son lo mismo o que la Ley les otorga la misma categoría. Al respecto, la Resolución N° 2782-2019-TCE-S2 señala lo siguiente:

“16. (...)

En ese orden de ideas, puede afirmarse que el representante legal de una persona jurídica, durante el ejercicio de sus funciones, tiene la condición de apoderado de esta última, mas no necesariamente, todo apoderado puede ser considerado como representante legal de la misma, pues para ello, es necesario que sus facultades de representación emanen de un mandato normativo.

En este punto, cabe precisar que, a diferencia de la representación legal, en la cual los poderes del representante emanan de la propia ley, en la representación voluntaria el poder del representante se origina en la voluntad del representado.

(...)

18. En tal sentido, de la documentación que obra en el expediente administrativo, así como en la partida registral del Impugnante 1 no es posible concluir fehacientemente que el señor Aldea Jaime sea representante legal de la empresa en mención, razón por la cual, no puede ser considerado, conforme al tenor del literal s) del artículo 11 de la Ley, como un integrante del postor. En consecuencia, este colegiado no encuentra mérito para concluir que aquél se encuentre impedido para participar en el procedimiento de selección y para contratar con el Estado.

- En adición a lo anterior, la adopción de una postura para esclarecer si el representante común de consorcio corresponde o no a una representación legal, no desvirtúa que el impedimento previsto en el literal s) del artículo 11 de la Ley no recoge expresamente el caso del representante común, ni lo asimila, como un supuesto de representación legal, como sí sucede al describir quienes pueden ser consideradas como integrantes de personas sancionadas.
- Respecto a la opinión del abogado Mario Linares Jara, su argumento al señalar que los representantes comunes son representantes legales de facto, es contradictorio, pues “de facto” significa que existe de hecho, pero que carece de fundamento jurídico o que surge de los hechos, pero no del derecho.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

- La Directiva N° 005-2019/OSCE únicamente establece con suficiencia y determina expresamente que el representante común, no esté impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado, es decir, es una prohibición personal, lo cual tiene sentido, pues al no ser integrante del consorcio, pero al representarlo, debe estar también libre de impedimentos. Entonces, tal directiva no entiende al representante común como integrante del consorcio, pues en su literal d) del numeral 1, del numeral 7.4.2, menciona que las obligaciones corresponden a los integrantes del consorcio, mas no del representante.
 - Finalmente señala que el numeral 2, del numeral 7.4.2 de la Directiva N° 005-2019/OSCE, permite la modificación del representante común, mas no de los integrantes del consorcio, por lo que un representante de consorcio no es el representante común.
 - Por lo expuesto, solicita al Tribunal declarar infundado el recurso de apelación.
- 14.** Mediante Informe N° 226-2024-Eco, presentado en la Mesa de Partes Digital del Tribunal el 6 de junio de 2024, la Entidad manifestó lo siguiente:
- En el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos, por lo que los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse –por analogía– a supuestos no contemplados en dicho artículo.
 - Asimismo, señaló que la Dirección Técnica Normativa del OSCE señala que el representante legal es aquella persona que ejerce la facultad de representar a otra en virtud de poderes que emanan directamente de un mandato legal, siendo que un “apoderado” es una persona que tiene poderes de otra para representarla y proceder en su nombre, por lo cual, a efectos de determinar la configuración de los impedimentos debe tenerse en cuenta que, si bien todo representante legal tiene la condición de apoderado, solo aquel que ostente representación legal puede ser considerado como “integrante” en el marco de lo dispuesto por el citado dispositivo; para tal efecto es necesario que sus facultades de representación emanen de un mandato normativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

- Agrega que el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley contempla expresamente al representante legal como “integrante” de una persona jurídica, mas no al “Apoderado” o “Representante Común”. En esa medida, siendo que el Sr. Diego Aquilino Enrique Bolívar Martínez ostenta el cargo de apoderado y representante común de las empresas que conforman el CONSORCIO GENER SOL SAC - GENERATION SOLUTIONS S.A., no se configuraría el supuesto de impedimento señalado en dicho literal.
 - Finalmente, señala que el representante común de los consorcios, si bien ostenta las facultades de representación de las empresas que lo designan, y sus facultades se encuentran limitadas para el ámbito del ejercicio de representación otorgado frente a la entidad para la ejecución del contrato que derive de los procedimientos de selección; no podría ser equiparable a un representante legal, que por mandato de ley ostenta la representación en el propio ejercicio de sus funciones, por cuanto son de la opinión de que un representante común no es un representante legal.
15. Por decreto del 31 de mayo de 2024, se programó la realización de una nueva audiencia pública para el 6 de junio de 2024.
 16. El 6 de junio de 2024, se llevó a cabo la audiencia pública del procedimiento con la participación del Impugnante y el Adjudicatario.
 17. Mediante decreto del 6 de junio de 2024, se declaró el expediente listo para resolver.
 18. Mediante escrito N° 07, presentado en la Mesa de Partes Digital del Tribunal el 10 de junio de 2024, el Impugnante reiteró sus argumentos y agregó lo siguiente:
 - Es importante, destacar que cuando estamos frente a un consorcio nos encontramos frente a un bloque normativo especial, distinto y enfocado en la finalidad de los dispositivos legales que regula la Ley, su Reglamento y la Directiva N° 005-2019/OSCE que regula la Participación de proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado, donde resulta importante plantearse nuevamente lo señalado en el literal o) del numeral 11 de la Ley ya que estaríamos frente a: i) una circunstancia comprobable, en la que el representante común de un consorcio, además que los apoderados de las empresas que la conforman, ha sido parte de la organización de una



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

empresa sancionada; ii) una situación en la que se advierte que el Gerente General de una empresa sancionada por el Tribunal resulta ser un apoderado de los miembros de un nuevo consorcio; y ii) una continuación, sucesión o derivación de la empresa sancionada a través de las personas que la dirigen, como en el presente caso, siendo además que si la empresa no domiciliada no cuenta con los representantes de sus órganos de administración en el país, podría entenderse dicha situación como la intención de defraudar a la normativa de contratación estatal.

- Finalmente, indica que el objeto del procedimiento de selección es el suministro de carbón activado en polvo, donde se define si un consorcio, cuya única experiencia es venderle dicho suministro a una empresa sancionada y sumamente vinculada al consorcio, esto es Generation Solutions Perú SAC, debe ser la que provea a la Entidad de este insumo que es tan importante para los habitantes de la capital nacional.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra el otorgamiento de la buena pro, en el marco del procedimiento de selección convocado bajo la vigencia de la Ley y su Reglamento, normas aplicables a la resolución del presente caso.

A. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

1. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme establezca el Reglamento.
2. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa están sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso, es decir, en la procedencia se inicia el análisis sustancial puesto que se hace una confrontación entre determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutor.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento, a fin de determinar si el presente recurso es procedente, o, por el contrario, está inmerso en alguna de las referidas causales.

a) *La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezcan de competencia para resolverlo.*

El artículo 117 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que dicho recurso es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea igual o superior a cincuenta (50) UIT¹, o se trate de procedimientos para implementar o extender Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Asimismo, en el citado artículo 117 del Reglamento se señala que, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor estimado o referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa normativa, dado que el presente recurso de apelación ha sido interpuesto en el marco de una licitación pública cuyo valor estimado asciende a US\$ 19'071,900.00 (diecinueve millones setenta y un mil novecientos con 00/100 dólares norteamericanos) resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

b) *Haya sido interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.*

El artículo 118 del Reglamento, ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: **i)** las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, **ii)** las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, **iii)** los documentos del procedimiento de selección y/o su integración, **iv)** las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y **v)** las contrataciones directas.

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro; por consiguiente, se advierte que el acto objeto de recurso no se encuentran comprendido en la lista de actos inimpugnables.

¹ Unidad Impositiva Tributaria.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

c) *Haya sido interpuesto fuera del plazo.*

El artículo 119 del precitado Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, mientras que en el caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales y comparación de precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación. Asimismo, en el caso de subastas inversas electrónicas, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una licitación pública o concurso público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.

De otro lado, la apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, de conformidad con lo contemplado en dicho artículo, debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar y, en el caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales y comparación de precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles.

En concordancia con ello, el artículo 76 del mismo cuerpo normativo establece que, definida la oferta ganadora, el órgano a cargo del procedimiento de selección otorga la buena pro, mediante su publicación en el SEACE.

En concordancia con ello, el artículo 58 del Reglamento establece que todos los actos que se realicen a través del SEACE durante los procedimientos de selección, incluidos los realizados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación; asimismo, dicha norma precisa que la notificación en el SEACE prevalece sobre cualquier medio que haya sido utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad de quienes intervienen en el procedimiento el permanente seguimiento de éste a través del SEACE.

En aplicación a lo dispuesto, dado que el presente recurso de apelación se interpuso en el marco de una licitación pública, el Impugnante contaba con un plazo de ocho (8) días hábiles para su interposición, plazo que vencía el 9 de mayo de 2024, considerando que el otorgamiento de la buena pro se notificó a través del SEACE el 26 de abril de 2024.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Ahora bien, mediante escrito N° 1 presentado el 9 de mayo de 2024 ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Impugnante interpuso su recurso de apelación.

Por lo tanto, ha quedado acreditado que el recurso en cuestión fue presentado en el plazo legal establecido.

d) El que suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante.

De la revisión del recurso de apelación, se aprecia que este aparece suscrito por el gerente general del Impugnante, esto es, el señor Juan Carlos Zimmermann Mujica.

e) El impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha del presente pronunciamiento, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentre inmerso en alguna causal de impedimento.

f) El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

g) El impugnante carezca de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.

El numeral 217.1 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, modificado por Ley N° 31465, en adelante **el TUO de la LPAG**, establece la facultad de contradicción administrativa, según la cual, frente a un acto administrativo que supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante la interposición del recurso correspondiente que en materia de contrataciones del Estado es el recurso de apelación.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Adicionalmente en el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento se estableció que el recurso de apelación es declarado improcedente por falta de interés para obrar, entre otros casos, si el postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada, según corresponda, impugna la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta y no haya revertido su condición de no admitido o descalificado.

En el presente caso, el Impugnante cuenta con *interés para obrar y legitimidad procesal* para impugnar la buena pro otorgada al Adjudicatario, pues tal acto afecta directamente su legítimo interés en acceder a la buena pro del procedimiento de selección.

h) Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.

En el caso concreto, el Impugnante no fue el ganador de la buena pro del procedimiento de selección.

i) No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el peticitorio del mismo.

El Impugnante ha solicitado lo siguiente:

- a) Revocar la buena pro otorgada al Adjudicatario.
- b) Se le otorgue la buena pro.

De la revisión de los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que están orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose en la presente causal de improcedencia.

3. Por lo tanto, luego de haber efectuado el examen de los supuestos de improcedencia previstos en el artículo 123 del Reglamento, sin que se hubiera advertido la concurrencia de alguno de estos, este Colegiado considera que corresponde proceder al análisis de los asuntos de fondo propuestos.

A. PRETENSIONES:

4. El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se revoque la buena pro otorgada al Adjudicatario.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 2195-2024-TCE-S6

- Se le otorgue la buena pro.

El Adjudicatario solicita lo siguiente:

- Se declare infundado el recurso impugnativo.
- Se confirme la adjudicación de la buena pro otorgada a su representada.

B. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

5. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual resulta necesario fijar los puntos controvertidos del presente recurso.

Al respecto, es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 y literal b) del artículo 127 del Reglamento, que establecen que la determinación de los puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado de dicho recurso, presentados dentro del plazo previsto, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento.

Cabe señalar que lo antes citado tiene como premisa que, al momento de analizar el recurso de apelación, se garantice el derecho al debido proceso de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de lo que ha sido materia de impugnación; pues lo contrario, es decir acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación o en el escrito de absolución, implicaría colocar en una situación de indefensión a la otra parte, la cual, dado los plazos perentorios con que cuenta el Tribunal para resolver, vería conculcado su derecho a ejercer una nueva defensa.

Así, debe tenerse en cuenta que los demás intervinientes del presente procedimiento de selección fueron notificados de forma electrónica con el recurso de apelación el 15 de mayo de 2024, según se aprecia de la información obtenida del SEACE², contando con tres (3) días hábiles para absolver el traslado del citado recurso, esto es, hasta el 20 del mismo mes y año.

² De acuerdo al literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Al respecto, se advierte que el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento y absolvió el traslado del recurso con fecha 20 de mayo de 2024, esto es, dentro del plazo legal. Por tanto, en la fijación y desarrollo de los puntos controvertidos serán considerados los planteamientos tanto del Impugnante como del Adjudicatario.

En el marco de lo indicado, el único punto controvertido a esclarecer es el siguiente:

- i) Determinar si corresponde revocar la buena pro otorgada al Adjudicatario y, en consecuencia, otorgar la buena pro al Impugnante.

C. ANÁLISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO:

6. Con el propósito de esclarecer la presente controversia, es relevante destacar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos.
7. En adición a lo expresado, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.

Así, en atención al principio de transparencia, las Entidades deben proporcionar información clara y coherente con el fin que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico. Mientras que en virtud del principio de libertad de concurrencia, las Entidades deben promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 2195-2024-TCE-S6

contratación que realicen, evitando exigencias y formalidades costosas e innecesarias; así como el principio de competencia, conforme al cual los procesos de contratación deben incluir disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la oferta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

8. En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, corresponde que este Colegiado se avoque al análisis del punto controvertido planteado en el presente procedimiento de impugnación.

ÚNICO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde revocar la buena pro otorgada al Adjudicatario y, en consecuencia, otorgar la buena pro al Impugnante.

9. En el marco de su recurso, el Impugnante cuestiona el otorgamiento de la buena pro al señalar que el comité de selección ha transgredido la normativa de contrataciones del Estado por haber otorgado la buena pro al Adjudicatario sin verificar que este se encuentra incurso en el impedimento contemplado en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, dado que uno de sus consorciados fue sancionado a través de la Resolución 4122-2023-TCE-S2 de fecha 26 de octubre de 2023, y siendo que el apoderado de dicha empresa en el presente procedimiento de selección, también fue apoderado de las empresas sancionadas por dicha Resolución.

En torno a ello, sostiene que el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley señala que se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas a aquellos que i) cuenten con el mismo objeto social, y ii) 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, entendiéndose por integrantes, a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, entre otros.

En el presente caso -señala- los consorciados del Adjudicatario cuentan con el mismo objeto social "trading, importación y distribución de productos y servicios para la industria eléctrica, petroquímica y de agua". Asimismo, el apoderado común, el señor Diego Aquino Enrique Bolívar Martínez, también es representante de los consorciados.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Pese a lo señalado, el Adjudicatario presentó el Anexo N° 2 Declaración jurada que señala *“ii. No tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado”*.

Señala que, al 26 de octubre de 2023, fecha de emisión de la Resolución N° 4122-2023-TCE-S2, el señor Diego Aquino Enrique Bolívar Martínez era el representante del Consorcio Habilis S.A. – Generation Solutions Perú S.A.C. y de las empresas integrantes del mismo, Habilis S.A. y de Generation Solutions Perú S.A.C. Asimismo, actualmente, es representante del Adjudicatario y de sus empresas consorciadas.

Por ello, considera que el Adjudicatario y sus empresas consorciadas incurrieron en un impedimento para ser participantes y/o postores de un proceso de selección, conforme lo establecido en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por lo que se debe dejar sin efecto la buena pro otorgada a su favor, debiéndose otorgar esta, a su representada por haber quedado en segundo lugar en el orden de prelación.

Por otro lado, en su escrito adicional el Impugnante señala que en el ámbito de las contrataciones del Estado existe regulación especial con relación a la figura del representante común, como es el numeral 7.4.2 de la Directiva N° 005-2019/OSCE, que indica que la promesa de consorcio debe tener elementos mínimos, entre otros, la designación del representante común, el cual tiene facultades para actuar en nombre y representación del consorcio, en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato, con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir con las obligaciones que se deriven de su calidad de postor y de contratista hasta la conformidad o liquidación del contrato, según corresponda. Asimismo, señala que dicho representante común no debe encontrarse impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado. Entonces, el representante común es en esencia un “representante legal”.

Refiere que el consorcio no constituye una persona jurídica distinta de los miembros que la integran, sino que su naturaleza jurídica es simplemente la de un contrato asociativo, por ende, el representante del mismo, no puede representar a un “contrato”. Así pues, de acuerdo a la normativa de contrataciones, como el artículo 13.2 de la Ley y los literales b) y h) del Reglamento, el representante común en realidad ejerce la representación de los consorciados, dentro de las



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

facultades y funciones que dicha normativa le asigna.

Entonces, si una empresa se presenta a un procedimiento de selección en consorcio y designa como representante común a una persona, que a su vez fue el representante común designados por empresas que cuentan con sanción de inhabilitación vigente, se está ante el supuesto de impedimento previsto en el literal s) del artículo 11 de la Ley.

Finalmente, considera que se debe tener en cuenta la *ratio legis* o razón de ser del supuesto infractor previsto en el literal s) del artículo 11 de la Ley, el cual se orienta a no dejar indemnes o impunes a quienes por razón de la función o posición que han ostentado en el momento de la comisión de la infracción, tenían un deber de cuidado, supervisión, control y/o diligencia precisamente para evitar la conducta indebida.

Por otro lado, en comentario del informe legal elaborado por el abogado Mario Linares, el Impugnante refiere que los representantes comunes de los consorcios son representantes legales de facto debido al reconocimiento que tanto el bloque normativo de contratación pública, así como la *ratio legis* y régimen de inhabilidades para contratar con el Estado, le atribuye.

Así, señala que los consorcios cuyos representantes legales y/o apoderados que hayan pertenecido a una empresa sancionada por el Estado, se encuentran dentro de los impedimentos señalados en el artículo 11 de la Ley.

Además, señala que de acuerdo con lo indicado en el literal b) del numeral 7.4.2 de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD, el representante común del consorcio tiene facultades para actuar en nombre y representación del consorcio, en todos los actos del procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato, por lo que se está ante un representante legal “de facto”, ya que ejerce las mismas facultades del representante legal, es quien además suscribe en representación de los integrantes del consorcio, participa en reuniones, dota seguridad y legalidad a las actuaciones que el consorcio realiza, entre otros.

Finalmente, esgrime que de acuerdo con la *ratio legis* del literal o) del artículo 11 de la Ley, por razones de transparencia, moralidad o idoneidad personal o empresarial, se restringe la participación de empresas sancionadas con la suspensión temporal o definitiva respecto a su derecho para contratar con el estado, sanción que deberá constar de acuerdo a la regulación nacional en el



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Registro Nacional de Proveedores-RNP. Así, una sanción puede extenderse al socio temporal o consorciado para ejecutar un contrato, a las empresas vinculadas mediante accionariado, a las empresas de un mismo grupo empresarial e inclusive a las empresas que utilizan a los mismos representantes legales. En ese sentido, a los consorcios representados por el mismo apoderado le es aplicable el régimen de inhabilidades para contratar, cuando hayan pertenecido a una empresa sancionada por el Estado.

10. En su absolución del recurso impugnativo, el Adjudicatario rechazó los argumentos del Impugnante señalando que este comete un error al afirmar que el señor Diego Aquino Enrique Bolívar Martínez era “representante legal” de las empresas sancionadas, dado que su participación fue en su condición de “apoderado” y no de “integrante”. Es decir, no fue representante legal, ni órgano de administración, ni socio ni accionista. Por ello, considera que existe un error del Impugnante cuando atribuye a su representada la calidad de “impedido” sin haber analizado la diferencia jurídica y societaria entre “apoderado” y “representante”.

De acuerdo con el principio de legalidad, para poder atribuir la calidad o condición de “integrante” a una persona, se debe ceñir expresamente a lo que señala la Ley. Al respecto, el literal s) del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley, consigna de forma enumerada, taxativa y cerrada, qué es lo que se debe entender como “integrante” y ha señalado sólo seis (6) cargos: representante legal, integrante del órgano de administración, socio, accionista, participacionista y titular.

Indica que, si bien “apoderado” y “representante legal” cuentan con similitudes y características en común, lo cierto es que son diferentes jurídicamente. Así, la “representación legal” es un mandato de la ley y es obligatorio, mientras que la designación de un “apoderado”, nace de la voluntad y decisión de una junta de accionistas o del gerente general, mas no por un mandato legal.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 188 de la Ley General de Sociedades, el gerente general es quien goza de la atribución de representar a la sociedad, así como otras facultades legales por su solo nombramiento, como ejercer actos de administración; mientras que el “apoderado” es una persona que tiene facultades o poderes de otra persona para realizar actos en su nombre, los cuales deben ser expresamente consignados en el documento de otorgamiento de facultades y ejerce actos de disposición.

En el marco de las contrataciones del Estado, el OSCE, a través de diversos



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

pronunciamientos, como los considerandos 16, 17, y 18 de la Resolución N° 2782-2019-TCE y los considerandos 13 y 16 de la Resolución N° 1309-2020-TCE, y la Opinión N° 192-2018/DTN, precisan las diferencias entre “representante legal” y “apoderado”, que en resumen se señala que si bien todo representante legal tiene la condición de apoderado, solo aquel que ostente representación legal puede ser considerado como “integrante” en el marco del literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, para tal efecto es necesario que sus facultades emanen de un mandato normativo, en esa medida, no todo apoderado puede ser calificado como “integrante” sino solo aquel que ostente representación legal. Así, el mencionado dispositivo legal no contempla a los “apoderados” en la relación de “integrantes” impedidos de participar de procesos públicos, sino que solo considera a los “representantes legales”.

Por lo expuesto, solicita se declare infundado el recurso presentado por el Impugnante y se ratifique la buena pro otorgada a su representada.

11. Por su parte, mediante el Informe N° 226-2024-Eco, presentado en la Mesa de Partes Digital del Tribunal el 6 de junio de 2024, la Entidad manifestó que los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse –por analogía– a supuestos no contemplados en dicho artículo.

Asimismo, indicó que la Dirección Técnica Normativa del OSCE señala que el representante legal es aquella persona que ejerce la facultad de representar a otra en virtud de poderes que emanan directamente de un mandato legal, siendo que un “apoderado” es una persona que tiene poderes de otra para representarla y proceder en su nombre, por lo cual, a efectos de determinar la configuración de los impedimentos debe tenerse en cuenta que, si bien todo representante legal tiene la condición de apoderado, solo aquel que ostente representación legal puede ser considerado como “integrante” en el marco de lo dispuesto por el citado dispositivo; para tal efecto es necesario que sus facultades de representación emanen de un mandato normativo.

Agrega que el literal s) del artículo 11 de la Ley contempla expresamente al representante legal como “integrante” de una persona jurídica, mas no al “apoderado” o “representante común”. En esa medida, siendo que el señor Diego Aquilino Enrique Bolívar Martínez ostenta el cargo de apoderado y representante común de las empresas que conforman el CONSORCIO GENER SOL SAC - GENERATION SOLUTIONS S.A., no se configuraría el supuesto de impedimento



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

señalado en dicho literal.

Finalmente, señala que el representante común de los consorcios, si bien ostenta las facultades de representación de las empresas que lo designan, y sus facultades se encuentran limitadas para el ámbito del ejercicio de representación otorgado frente a la entidad para la ejecución del contrato que derive de los procedimientos de selección, no podría ser equiparable a un representante legal, que por mandato de ley ostenta la representación en el propio ejercicio de sus funciones, razón por la cual un representante común no es un representante legal.

12. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el Impugnante alega que el Adjudicatario se encuentra incurso en el impedimento establecido en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley debido a que, el señor Diego Aquilino Enrique Bolívar Martínez, en adelante el señor **Diego Bolívar**, quien es representante actual del Adjudicatario y de su empresa consorciada, fue representante legal de un consorcio que ha sido sancionado con inhabilitación para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, así como representante de las empresas que conforman dicho consorcio. Así, el Impugnante afirma que:

“Al 26 de octubre de 2023 en el momento en que se expide la Resolución N° 4122-2023-TCE-S2 del Tribunal de Contrataciones del Estado, el señor Diego Aquilino Enrique Bolívar Martínez era el representante de:

(i) Las dos (02) personas jurídicas sancionadas Habilidas Sociedad Anónima y Generation Solutions Perú S.A.C.

(ii) Del Consorcio Habilidad Sociedad Anónima – Generation Solutions Perú SAC;

Siendo además hoy día representante de:

(iii) Del Consorcio Gensol SAC – Generarion Solutions SA;

(iv) De las dos (02) Persona Jurídicas Gensol SAC y Generation Sopolutions SA que conforman el Consorcio Gensol SAC – Generation Solutions SA”.

13. Como se observa, en su recurso el Impugnante expone dos argumentos principales para sustentar la aplicación del impedimento:

1. Que **el Adjudicatario tiene como representante** al señor Diego Bolívar,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

quien fue representante del consorcio sancionado, así como de sus empresas consorciadas.

2. Que **las empresas que forman parte del Adjudicatario tienen como representante** al señor Diego Bolívar, quien fue representante el consorcio sancionado, así como de sus empresas consorciadas.

14. Pues bien, corresponde en primer lugar remitirnos al literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, que establece el impedimento en controversia bajo los siguientes términos:

“11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

(...)

*s) **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”.*

[Énfasis agregado]

15. El impedimento citado establece la prohibición de contratar con el Estado aplicable a las **personas jurídicas** que cuenten con el mismo objeto social 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. Asimismo, dicha disposición señala que son **integrantes** de la persona jurídica los **representantes legales**, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares.

16. En el caso de consorcios, es pertinente concordar el impedimento del literal s) con lo dispuesto en el numeral 13.5 del artículo 13 de la Ley, que incluye a los consorcios en el ámbito subjetivo de aplicación de los impedimentos del Capítulo III, al prescribir que:

"13.5 A los integrantes del consorcio les son aplicables las disposiciones establecidas en los artículos precedentes del presente Capítulo."

17. Por tanto, a efecto de determinar si el Adjudicatario se encuentra incurso en el impedimento en cuestión, debe verificarse que:
- ✓ Que el Adjudicatario o sus integrantes son personas jurídicas.
 - ✓ Que el Adjudicatario o sus integrantes tienen como **integrante** a una persona que forma o formó parte de otra persona jurídica que se encuentre inhabilitada temporal o permanentemente para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado.
 - ✓ Deberá entenderse por integrante a los **representantes legales**, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares de dicha persona jurídica.

Por otro lado, debe resaltarse que los elementos configuradores del citado impedimento no pueden ser interpretados y aplicados de forma extensiva, dado el carácter restrictivo de los impedimentos para contratar con el Estado; de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano, que establece que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

Por ello, dado que el impedimento del literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley restringe los derechos de los particulares en la participación en procedimientos de selección y en la contratación con entidades estatales, corresponde su interpretación restrictiva a partir de la literalidad de sus elementos configuradores, de conformidad con el principio de prohibición de analogía consagrado en el Código Civil.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Bajo esa misma línea, de conformidad con las diversas opiniones emitidas por el OSCE, como la Opinión N° 180-2019/DTN, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo, por lo cual estos deben ser interpretados de manera restrictiva, no pudiendo aplicarse por analogía a supuestos que no se encontraran tácitamente contemplados en la normativa de contrataciones del Estado.

18. Ahora bien, el primer sustento fáctico del recurso refiere a que los integrantes del Adjudicatario -las empresas GENERATION SOLUTIONS S.A. y GENSOL S.A.C.- tienen como representante al señor Diego Bolívar, quien fue representante de las personas jurídicas sancionadas Habilis Sociedad Anónima y Generation Solutions Perú S.A.C, así como del consorcio que estas integran.
19. Sobre dicha afirmación, el Adjudicatario ha manifestado que el señor Diego Bolívar no puede ser considerado como representante legal de las consorciadas GENERATION SOLUTIONS S.A. y GENSOL S.A.C., dado que solo cuenta con la calidad de apoderado legal de las mismas.
20. Cabe destacar que la calidad registral de “apoderado” se encuentra acreditada en las copias literales de las partidas de las mencionadas empresas, como se reproduce parcialmente a continuación:

Partida electrónica N° 15469153 del Registro de Personas Jurídicas de la empresa Gensol S.A.C.



REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS
RUBRO : OTRAS INSCRIPCIONES
D00001

MODIFICACION PARCIAL DEL PACTO SOCIAL DE LA SOCIEDAD : En Junta General de fecha 06/12/2023, se acordó lo siguiente:

MODIFICAR EL PACTO SOCIAL DE LA SOCIEDAD Y CON ELLO SU ARTICULO SEXTO, EL CUAL QUEDA REDACTADO DE LA SIGUIENTE MANERA:

"SEXTO: QUEDA DESIGNADO COMO APODERADO NIVEL 2, EL SEÑOR DIEGO AQUILINO ENRIQUE BOLIVAR MARTINEZ, CON DNI N° 49035050, DE NACIONALIDAD VENEZOLANA, QUIEN EJERCERÁ LAS FACULTADES DESCRITAS EN EL ARTICULO 1 1° DE LOS ESTATUOS A SOLA FIRMA."

Copia certificada de fecha 12/12/2023, expedida por el Notario de Lima Fermín Rosales Sepulveda (fojas 3 a 5) Libro de Actas de Junta General de Accionistas N° 01, legalizado por el Notario de Lima Fermín Rosales Sepulveda, el 05/12/2023, bajo el número 19401-2023.-

El título fue presentado el 13/12/2023 a las 08:19:18 AM horas, bajo el N° 2023-03597724 del Tomo Diario 0492. Derechos cobrados S/ 24.00 soles con Recibo(s) Número(s) 01325979-01.-LIMA, 22 de Diciembre de 2023. Presentación electrónica.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Partida electrónica N° 13619807 del Registro de Personas Jurídicas de la empresa Generation Solutions S.A.

 Superintendencia Nacional de los Registros Públicos	ZONA REGISTRAL N° IX - SEDE LIMA OFICINA REGISTRAL LIMA N° Partida: 13619807
INSCRIPCIÓN DE PODERES OTORGADOS POR SOCIEDADES CONSTITUIDAS O SUCURSALES ESTABLECIDAS EN EL EXTRANJERO GENERATION SOLUTIONS S.A	

REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS
RUBRO : OTORGAMIENTO
A00003

OTORGAMIENTO DE PODER:

POR DOCUMENTO DE FECHA 29/01/2018 CON FIRMA LEGALIZADA ANTE FERNANDO ABELLI GUADALUPE, ESCRIBANO PÚBLICO, A SU VEZ LEGALIZADO POR EL ESC. CLAUDIA SANTO RICCARDI, ASESOR II DE LA INSP. GRAL. DE REG. NOTARIALES, DEBIDAMENTE APOSTILLADO EL 06/02/2018 POR EL CENTRO DE ATENCIÓN CIUDADANA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL URUGUAY, COMPARECE EL SR. CLAUDIO MARCELLO SAPIO COLUSSI, QUIEN PROCEDE EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE DEL DIRECTORIO EN REPRESENTACIÓN DE LA EMPRESA GENERATION SOLUTIONS S.A., A EFECTOS DE:

(...)

SEGUNDA: OTORGA PODER ESPECIAL A FAVOR DE LAS SIGUIENTES PERSONAS:

SR. NAZARETH MATIAS LINGORDO BAITX CON CI N° 3.847.466-5, SR DIEGO AQUILINO ENRIQUE BOLIVAR MARTINEZ CON CARNET DE EXTRANJERIA 001355691 (EN ADELANTE, LOS APODERADOS), A FIN QUE CUALQUIERA DE LOS APODERADOS, ACTUANDO EN FORMA INDIVIDUAL Y EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA PODERDANTE, PUEDAN REALIZAR LOS SIGUIENTES ACTOS:

FACULTADES DE REPRESENTACIÓN

A.- REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE TODO TIPO DE INSTITUCIONES PÚBLICAS O PRIVADAS, AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS JUDICIALES, CIVILES, MUNICIPALES, ADMINISTRATIVOS, CONSTITUCIONALES, TRIBUTARIOS, DE ADUANA, POLICIALES Y MILITARES, CON LAS FACULTADES DE REPRESENTAR TODA CLASE DE RECURSOS Y RECLAMACIONES Y DESISTIRSE DE ELLOS.

(...)

21. En torno a ello, en este primer punto se ha generado controversia sobre si el apoderado de las personas jurídicas GENERATION SOLUTIONS S.A. y GENSOL S.A.C. puede ser considerado como su representante legal para efectos de la aplicación del impedimento previsto en el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.
22. Sobre el particular, debe tenerse presente que la figura del apoderado no ha sido contemplada por el tenor literal del literal s) del artículo 11 de la Ley, que



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

expresamente contempla al representante legal dentro de la definición de integrante de una persona jurídica, a efecto de determinar la configuración del respectivo impedimento.

23. Como fuera señalado en la Resolución N° 2782-2019-TCE-S2, la diferencia entre ambas figuras radica en que el representante legal es aquella persona que ejerce la facultad de representar a otra en virtud de poderes que emanan directamente de un mandato legal, mientras que el apoderado es una persona que tiene poderes de otra para representarla y proceder en su nombre; es decir, quien tiene poder para representar a otro en juicio o fuera de él.

En ese orden, puede afirmarse que el representante legal de una persona jurídica, durante el ejercicio de sus funciones, tiene la condición de apoderado de esta última, mas no necesariamente todo apoderado puede ser considerado como representante legal de la misma, pues para ello es necesario que sus facultades de representación emanen de un mandato legal.

Así, en el caso de sociedades, la Ley General de Sociedades [en adelante LGS] establece en su artículo 14 que son facultades del gerente, salvo disposición distinta del estatuto, i) celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; ii) representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil; iii) asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones del directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada; iv) asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario; v) expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y vi) actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio. Es decir, las facultades de representación legal del gerente de una sociedad provienen de mandato legal, salvo disposición distinta del estatuto.

Por el contrario, ni la LGS ni ninguna otra norma del ordenamiento delimita facultades de representación para la figura del “apoderado”. Si bien es cierto el apoderado cuenta con poder de representación, este rige respecto de los actos para los cuales ha sido conferido un poder especial, de conformidad con lo establecido en el artículo 155 de Código Civil.

En el ámbito societario, mientras que el representante legal -gerente- cuenta con un nombramiento formal, por parte de la sociedad, asignándole las facultades, atribuciones y responsabilidades que se encuentran establecidas en la norma legal



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

aplicable, el apoderado actúa bajo los límites de los poderes específicos conferidos y acota su actuación a aquellos poderes descritos en el documento que valida el alcance de sus facultades.

Sustento de dicha diferenciación se encuentra, además, en que la propia LGS distingue las figuras cuando en su artículo 161 [6], sobre impedimentos para ser directores, menciona a “[l]os que sean **directores, administradores, representantes legales** o **apoderados** de sociedades o **socios** de sociedades de personas que tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente”; lo que ratifica que bajo dicho cuerpo normativo la condición de representante legal de una sociedad no equivale -necesariamente- a la de un apoderado.

Asimismo, corresponde tener presente lo señalado por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado a través de la Opinión N° 192-2018/DTN del 3 de diciembre de 2018, en la que precisó lo siguiente:

“Como se aprecia, el “representante legal” se encuentra comprendido dentro del listado de personas que deben ser consideradas como integrantes, a efectos de analizar la configuración del impedimento regulado en el literal s) del artículo 11 de la Ley (modificado por el Decreto Legislativo N° 1444); mientras que el término “apoderado” no ha sido incluido en la redacción del referido dispositivo.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el representante legal es aquella persona que ejerce la facultad de representar a otra en virtud de poderes que emanan directamente de un mandato legal; por consiguiente, corresponde -en cada caso- realizar un análisis respecto de la legislación aplicable a una persona jurídica determinada a efectos de identificar sobre quién o quiénes recae la representación legal.

De otro lado, un “apoderado” es una persona que –como el término lo indica- tiene poderes de otra para representarla y proceder en su nombre; en otras palabras, es quien tiene poder para representar a otro en juicio o fuera de él. En ese orden de ideas, puede afirmarse que el representante legal de una persona jurídica, durante el ejercicio de sus funciones, tiene la condición de apoderado de esta última.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

No obstante ello, toda vez que el tenor del literal s) del artículo 11 de la Ley–modificado por el Decreto Legislativo N° 1444- contempla expresamente al representante legal como “integrante” de una persona jurídica, mas no al apoderado, a efectos de determinar la configuración de los impedimentos debe tenerse en cuenta que, si bien todo representante legal tiene la condición de apoderado, solo aquel que ostente representación legal puede ser considerado como “integrante” en el marco de lo dispuesto por el citado dispositivo; para tal efecto es necesario que sus facultades de representación emanen de un mandato normativo”.

24. De lo anterior se concluye que el apoderado de una persona jurídica no puede ser considerado como representante legal -e integrante- de la misma en el marco de la prohibición para contratar que establece el inciso s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.
25. En el presente caso, de la revisión de las partidas registrales de las empresas GENERATION SOLUTIONS S.A. y GENSOL S.A.C., puede apreciarse que el señor Diego Bolívar fue nombrado como “apoderado”, a razón de un acto de modificación del pacto social en el caso de la empresa GENSOL S.A.C. y de un acto de otorgamiento de poder especial en el caso de la empresa GENERATION SOLUTIONS S.A.
26. Por ello, este Tribunal estima que la calidad de apoderado del señor Diego Bolívar tanto para la empresa GENERATION SOLUTIONS S.A. como GENSOL S.A.C., no puede ser equiparada a la representación legal a que refiere el inciso s) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.
27. Tampoco es admisible el argumento del Impugnante referido a la *ratio legis* del impedimento, porque este criterio de interpretación es empleado para incorporar por vía de analogía supuestos no previstos expresamente por la norma, cuando se considera que la finalidad de la disposición también abarca al supuesto de hecho no previsto en ella. Sin embargo, como ya ha sido señalado, el principio de prohibición de analogía impide hacer extensivo un impedimento a situaciones que no se encuentran comprendidas en su tipificación, incluso si se estima que la *ratio legis* de la disposición ordenaría tal incorporación, dado que el razonamiento por analogía se encuentra prohibida en el ámbito de normas restrictivas de derechos.
28. Por estas consideraciones, se desestima este extremo del cuestionamiento del



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

Impugnante, al considerarse que no se ha verificado la calidad de representante legal del señor Diego Bolívar respecto de las empresas -que conforman al consorcio adjudicatario- GENERATION SOLUTIONS S.A. y GENSOL S.A.C., respectivamente, razón por la cual dicho elemento configurador del impedimento en cuestión no se encuentra implicado en el caso.

29. En segundo lugar, el Impugnante introdujo en su recurso el argumento de que el señor Diego Bolívar sería también representante del consorcio adjudicatario, es decir, del consorcio conformado por las empresas GENERATION SOLUTIONS S.A. y GENSOL S.A.C.

A su juicio, tal calidad corresponde a la de un representante legal para efectos del impedimento del literal s) dado que las facultades de representación del representante común de un consorcio emanan de la Ley, dada en el caso por la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD, sobre “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado”, la misma que en el literal b) del numeral 7.4.2 prescribe que el representante común del consorcio tiene facultades para actuar en nombre y representación del consorcio, en todos los actos del procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato.

Por ello, el Impugnante considera que en el caso del representante común de un consorcio se está ante un representante legal “de facto”, ya que este ejerce las mismas facultades del representante legal y es quien además suscribe el contrato en representación de los integrantes del consorcio, participa en reuniones y dota de seguridad y legalidad a las actuaciones que el consorcio realiza, entre otros.

30. Ahora bien, en este segundo aspecto de la impugnación se trae a colación la condición de representante común del consorcio que ostenta el señor Diego Bolívar respecto del Adjudicatario. Tal condición no ha sido rebatida por el Adjudicatario y consta la propia promesa de consorcio presentada dentro de la oferta:



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

PROMESA DE CONSORCIO

(Sólo para el caso en que un consorcio se presente como postor)

Señores

COMITÉ DE SELECCIÓN

LICITACIÓN PÚBLICA N° 0021-2023-SEDAPAL

Presente.-

Los suscritos declaramos expresamente que hemos convenido en forma irrevocable, durante el lapso que dure el procedimiento de selección, para presentar una oferta conjunta a la **LICITACIÓN PÚBLICA N° [LP-SM-21-2023-SEDAPAL-1]**

Asimismo, en caso de obtener la buena pro, nos comprometemos a formalizar el contrato de consorcio, de conformidad con lo establecido por el artículo 140 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, bajo las siguientes condiciones:

a) Integrantes del consorcio

1. [Gensol S.A.C.].
2. [Generation Solutions S.A.]

b) Designamos a [Diego Aquilino Enrique Bolívar Martínez], identificado con [DNI] N° [49035050], como representante común del consorcio para efectos de participar en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato correspondiente con [SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL].

31. Por tal condición de representante común del consorcio, el Impugnante esgrime que el señor Diego Bolívar es representante legal del Adjudicatario, razón por la cual puede ser considerado como integrante de una persona jurídica para efecto de la aplicación del impedimento del literal s).
32. Sobre ello, conviene acudir nuevamente a los términos del impedimento en cuestión. Como se recordará, el impedimento establece que *“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. (...) Para estos efectos, por integrantes se entiende a los representantes legales, (...)”***.
33. De la literalidad de la norma, se tiene que el sujeto pasivo del impedimento es la persona jurídica cuyos integrantes [en el caso, cuyo representante legal] formen o hayan formado parte 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.
34. Sin embargo, el consorcio adjudicatario no es una persona jurídica, sino, conforme a la definición provista por el artículo 445 de la LGS, un *“contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un*



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía”.

Así, al ser el consorcio un contrato colaborativo que no cuenta con personería jurídica, la representación común del consorcio a que refiere la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD no se entiende referida a un consorcio en tanto que persona jurídica sino a la representación directa de cada uno de sus miembros. Por tanto, no es admisible considerar que un contrato de consorcio -el Adjudicatario- es sujeto pasivo del impedimento de literal s) del numeral 11.1 del literal 11 de la Ley, porque no es una persona jurídica que cuente con representante legal, razón por la cual tampoco este elemento configurador del impedimento se encuentra involucrado en el caso.

De otro lado, con respecto a las personas jurídicas que forman parte del Adjudicatario, este Tribunal ya ha determinado que la participación que ostenta el señor Diego Bolívar es de apoderado con poder especial según las facultades que constan en las respectivas partidas registrales.

En este punto es notoria la contradicción en que incurre el Impugnante cuando manifiesta que en este caso se está ante un representante legal “de facto”, porque el señor Diego Bolívar ejerce las mismas facultades del representante legal de los consorciados y es quien además suscribe el contrato en su representación.

Sobre ello, debe destacarse nuevamente el carácter taxativo de las normas que establecen restricciones e impedimentos, así como la prohibición de interpretación por analogía que se oriente a incorporar situaciones de hecho similares a los expresamente previstos en normas de naturaleza restrictiva.

Por otro lado, no se advierte que el señor Diego Bolívar fuera representante legal de las empresas integrantes del consorcio sancionado, esto es, el consorcio conformado por las empresas GENERATION SOLUTIONS PERÚ S.A.C y HABILIS SOCIEDAD ANÓNIMA, puesto que, en primer lugar, su participación en tales empresas fue en calidad de apoderado, figura que no se encuentra comprendida en el impedimento del literal s) conforme a lo desarrollado en la presente resolución. Y, en segundo lugar, si bien el señor Diego Bolívar fue representante común del consorcio sancionado [conformado por las empresas GENERATION SOLUTIONS PERÚ S.A.C y HABILIS SOCIEDAD ANÓNIMA], tal calidad no se subsume en la del representante legal de una persona jurídica, pues un consorcio no cuenta con personería jurídica por tratarse de un contrato asociativo; razón por la cual el



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

impedimento del literal s) no puede aplicarse extensivamente a esta situación.

35. Finalmente, en relación a la Resolución N° 3108-2023-TCE-S3 mencionada por el Impugnante, se observa que la misma ha sido emitida en el marco de un recurso de apelación donde una de las materias objeto de controversia fue el error en denominar “representante legal” en lugar de “representante común” en la acreditación de experiencia del postor en consorcio. Ante ello, la resolución indica “[la persona que se designe como representante común del consorcio]” *se encuentra facultada para actuar en nombre y representación del consorcio en todos los actos referidos al proceso de selección, suscripción y ejecución del contrato con amplias y suficientes facultades; por lo cual, se entiende, la representación respecto a dichas facultades es legal. En ese sentido, se colige que no es incorrecto que al representante común también se le denomine representante legal”.*

Nótese que la referida resolución no ha indicado que ambas figuras sean iguales en el fondo, sino que, para el caso concreto donde se advirtió un error en la redacción del término en un documento para la acreditación de la experiencia del postor, considera que dicha situación no es mérito suficiente para afectar la validez del documento. Debe precisarse que el análisis efectuado en la resolución bajo comentario no estuvo referido a la interpretación de un supuesto de impedimento -como el presente caso-, donde tal interpretación debe ser de manera restrictiva, razón por la cual no es amparable emplear la referida resolución en la actual controversia.

36. Por lo expuesto, corresponde rechazar el segundo extremo del cuestionamiento formulado por el Impugnante, referido a la aplicación del impedimento del literal s) del numeral 11.1 del literal 11 de la Ley al Adjudicatario en virtud de la calidad de representante común del consorcio que ostenta el señor Diego Bolívar, quien a su turno fue apoderado de empresas sancionadas con inhabilitación temporal para contratar con el Estado mediante la Resolución N° 4122-2023-TCE-S2 del 26 de octubre de 2023.
37. Por estas consideraciones, este Colegiado concluye que corresponde desestimar el recurso impugnativo interpuesto por el Impugnante el Impugnante y ratificar la buena pro otorgada en favor del Adjudicatario.
38. Finalmente, este Tribunal advierte que en el marco de su escrito adicional el Impugnante manifestó que el Adjudicatario se encontraría también incurso en el



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

impedimento establecido en el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, referido a las personas que son continuación, derivación, sucesión, o testafierro, de otra persona impedida o inhabilitada. Sin embargo, dado que este aspecto no fue cuestionado en el recurso impugnativo presentado en el plazo legal, el mismo no será analizado por este Colegiado por no formar parte de los puntos controvertidos del procedimiento.

39. En tal sentido, en atención a lo dispuesto en el numeral 132.1 del artículo 132 del Reglamento, y dado que este Tribunal procederá a declarar infundado el recurso impugnativo, corresponde disponer la ejecución de la garantía otorgada por el Impugnante para la interposición de su recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del vocal Roy Nick Álvarez Chuquillanqui y la intervención de las vocales Cecilia Berenise Ponce Cosme y Daniel Alexis Nazazi Paz Winchez [en reemplazo de la vocal Mariela Nereida Sifuentes Huamán], atendiendo a la conformación de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000198-2022-OSCE/PRE del 3 de octubre de 2022, publicada el 4 del mismo mes y año en el Diario Oficial "El Peruano", y conforme al rol de turnos de vocales de sala vigente; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el postor **MERCANTIL S.A. (con RUC N° 20100312736)**, en el marco de la **LICITACIÓN PÚBLICA N° LP-SM-21-2023-SEDAPAL-1** para el "*Suministro de Carbón Activado en Polvo*", por los fundamentos expuestos. En tal sentido, se ordena lo siguiente:
 - 1.1. **Confirmar** la buena pro otorgada al postor **CONSORCIO GENER SOL S.A.-GENERATION SOLUTIONS S.A.** integrada por la empresa **GENERATION SOLUTIONS S.A. (con RUC N° 99000025344)** y por la empresa **GENER SOL S.A.C. (con RUC N° 20611868465)**.
2. **Ejecutar** la garantía presentada por el postor **MERCANTIL S.A. (con RUC N° 20100312736)** para la interposición de su recurso de apelación.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2195-2024-TCE-S6

3. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

**CECILIA BERENISE PONCE
COSME
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE**

**ROY NICK ÁLVAREZ
CHUQUILLANQUI
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE**

**DANIEL ALEXIS NAZAZI
PAZ WINCHEZ
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE**

SS.
Paz Winchez.
Ponce Cosme.
Álvarez Chuquillanqui.