Proyecto de Ley N°..6543/2023-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
28 NOV. 2023
RECIBIDO
Firma: Hora: 16:40

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, SOBRE EL IMPEDIMENTO DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y PERSONAS NATURALES

Los Congresistas de la República que suscriben, a iniciativa de la Congresista de la República, **HILDA MARLENY PORTERO LÓPEZ**, miembro del Grupo Parlamentario Acción Popular, en ejercicio de las facultades de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República
Ha dado la siguiente Ley

LEY QUE MODIFICA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, SOBRE EL IMPEDIMENTO DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y PERSONAS NATURALES

ARTÍCULO 1. OBJETO DE LEY

La presente ley tiene por objeto modificar el literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado a fin de establecer el impedimento para contratar con el Estado, a las personas naturales o jurídicas proveedoras del Estado, el cual incluyen a estas últimas al gerente general, apoderados y aquellos que tenga la facultad de dirigir, supervisar y controlar, que se encuentren sancionados administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. Así mismo, se está reduciendo el porcentaje del capital o patrimonio social de los socios, accionistas, participacionistas o titulares.

ARTÍCULO 2. MODIFICACIÓN DEL DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Modifíquese el artículo 11 inciso 11.1, literal s) del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado bajo los siguientes términos:

(...)

s) En todo proceso de contratación y cualquiera sea el objeto social, las personas jurídicas cuyos integrantes formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren

sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en 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, gerente general, apoderados, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacioncitas o titulares, y aquel que tenga la facultad de dirigir, supervisar y controlar. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento es aplicable siempre que su participación individual o conjunta sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.

(...)

DISPOSICION COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

PRIMERA: Facúltese al Ministerio de Economía y Finanzas a emitir las disposiciones complementarias pertinentes al Reglamento de Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, así como cualquier otra norma de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.

SEGUNDA: La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Firmado digitalmente por: ESPINOZA VARGAS Jhaec Darwin FAU 20161749126 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 27/11/2023 15:37:01-0500

Lima, noviembre de 2023

HILDA MARLENY PORTERO LÓPEZ
Congresista de la República

Firmado digitalmente por: ESPINOZA VARGAS Jhaec Darwin FAU 20161749126 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 27/11/2023 15:36:47-0500

Firmado digitalmente por: PORTERO LOPEZ Hilda Marleny FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 27/11/2023 14:45:15-0500

Firmado digitalmente por: ARAGON CARREÑO Luis Angel FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 27/11/2023 16:18:35-0500

Firmado digitalmente por: VERGARA MENDOZA Elvis Hernan FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 28/11/2023 11:32:54-0500

Firmado digitalmente por: FLORES ANCACHI Jorge Luis FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 28/11/2023 11:18:06-0500

Firmado digitalmente por: SOTO PALACIOS Wilson FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 28/11/2023 15:28:05-0500

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **30** de **noviembre** de **2023**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° **6543/2023-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de

1. ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA; y

2. FISCALIZACIÓN Y CONTRALORÍA

GIOVANNI FORNO FLOREZ
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA

1.1 Las Contrataciones Estatales en el Perú

El artículo 2 inciso 14° de la Constitución Política del Perú establece que: toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

"El contrato, al expresar la autonomía de la voluntad como fuente de derecho tiene su fundamento en las siguientes disposiciones constitucionales. El inciso 14 del artículo 2 de la Constitución prescribe que toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

El artículo 44° de la Constitución Política de Estado establece como deberes primordiales del Estado: "defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

El artículo 76 de nuestra Constitución Política establece que:

"Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades."

De esta disposición constitucional se infiere que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, en virtud que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones[1], para garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica, técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de los principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.

Ahora bien, dicha finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones estatales puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO de la LCE, pues la serie de etapas que presenta (convocatoria,

[1] (cfr. Sentencia 00020-2003-AI/TC, fundamento 11; Sentencia 00017-2011-A1/TC, fundamento 19).

apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos.

Sin embargo, la propia experiencia de los últimos años ha demostrado que inclusive estos mecanismos de adquisición han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no solo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente (control previo), como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República (control posterior o eventualmente concurrente). Como se sabe, el buen funcionamiento de la administración pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la limitación al ejercicio de algunos derechos fundamentales, así como la intervención del derecho penal; y, a su vez, la lucha contra toda forma de corrupción, en particular aquella que se suscita en el ámbito de la administración pública.

En este sentido, puede afirmarse que los procesos de contratación pública, por mandato de nuestra Constitución Política, deben orientarse a la consecución del bienestar general e interés público, lo cual puede alcanzarse implementando mecanismos que garanticen la transparencia, la maximización de los recursos públicos, y la atención de las necesidades de la población mediante la ejecución de obras y servicios que satisfagan los estándares de calidad requeridos.

El Estado, para que pueda cumplir con sus metas y objetivos institucionales; y de esta manera, satisfacer las necesidades de la población mediante los servicios públicos que ofrece, tiene que recurrir necesariamente a terceros, con la finalidad de proveerse de bienes y servicios; así como poder ejecutar obras. Estos terceros, reciben el nombre de proveedores en el ámbito de la contratación estatal.

En este contexto, el Estado utiliza los procesos de selección[2], como instrumentos que le permitirán escoger determinados proveedores de forma "transparente e imparcial" - al menos eso es lo que. se pretende ya que en la realidad no se puede negar la existencia de actos de corrupción cuando se llevan adelante los procesos de selección -. "La cantidad de dinero que el Estado gasta anualmente en este rubro y la forma en que lo hace, lo convierte en un agente económico con capacidad de orientar el proceso de acumulación económica en la sociedad, convirtiendo a las contrataciones en un instrumento de Política Pública y Económica"[3].

Siendo así, la Ley de Contrataciones del Estado ha establecido la facultad del Tribunal de Contrataciones del Estado de sancionar a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas, cuando éstos incurran en cualesquiera de las infracciones estipuladas en el artículo 50° de la mencionada Ley, con la finalidad que no se afecte

[2] Conforme a la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, los procesos de selección son: licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica y contrataciones directas.
[3] Retamozo Linares, Alberto. "Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control". Jurista Editores. Lima - Perú, 2010, pág. 57.

la transparencia de los procesos de contratación pública.

1.2 Potestad Administrativa Sancionadora del Tribunal de Contrataciones del OSCE

La posibilidad de imponer una sanción a los administrados proviene de la potestad administrativa sancionadora que el ordenamiento ha previsto conceder a determinadas entidades de la Administración Pública. Así, Martin Tirado señala que la potestad administrativa sancionadora debe ser entendida como aquel instrumento destinado a reprimir aquellos ilícitos menores, o que afectan bienes jurídicos que no tienen incidencia tan intensa como los tutelados por el derecho penal[4]; o como aquel elemento del Ius Puniendi estatal, por medio del cual se encarga a determinadas entidades públicas, la imposición de sanciones ante la comisión de infracciones determinadas como faltas o ilícitos de orden administrativo.

La potestad sancionadora que la Administración Pública se ejerce en el marco de la contratación estatal, que es calificada como "el correlato necesario de sus atribuciones de control, fiscalización y dirección, puesto que de nada servirán estas sin un instrumento de coacción efectiva que hacer valer frente al contratante privado que indebidamente incumple el contrato o afecta a su fin, utilidad y objeto[5], puesto que preexiste una necesidad de asegurar el cumplimiento de lo pactado por el administrado con el Estado tratándose de la etapa correspondiente a la ejecución contractual, o bien en los procedimientos de selección (fase pre contractual).

Es importante señalar que el poder para establecer un régimen sancionador publico aplicable a la contratación estatal es de naturaleza potestativa y de ejercicio supra ordenador de la Administración, puesto que la tipificación de la conducta infractora y la sanción aplicable se establece por disposición del ordenamiento, sin que intervenga en ello el contratante privado. Es decir, tanto la potestad administrativa sancionadora que detenta el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE) como la tipificación de infracciones, provienen de lo contemplado en una norma de manera expresa. En el caso concreto, de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 082-2019-EF (en adelante, TUO de la Ley de Contrataciones).

Así, conforme lo dispone el literal b) del numeral 59.1 del artículo 59 del TUO de la Ley de Contrataciones, en concordancia con el numeral 257.1 del artículo 257 del Reglamento de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 344-2018-EF, en estricto cumplimiento al principio de legalidad, el Tribunal del OSCE cuenta con la facultad de imponer sanciones administrativas de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores de obra, según corresponda.

[4] Richard Martin Tirado, "El Ejercicio de la Potestad Sancionadora de CONSUCODE y los Limites Formales para la Aplicación del Recurso de Reconsideración", Derecho & Sociedad N° 23 (2014):16.
[5] Claudio Moraga Kleneer, Contratación Administrativa (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007).

1.3 Sanciones administrativas como respuesta a las infracciones

Las sanciones administrativas tienen como punto de partida el Ius Puniendi del Estado, es decir, estas surgen a partir de la potestad sancionadora del Estado. Nieto García[6] sostiene que: "el objeto directo del Derecho Administrativo Sancionador es un ilícito especifico - la infracción administrativa- para la que la ley establece una sanción, que es atribuida en concreto a un sujeto por la Administración a través de un procedimiento especial (el procedimiento sancionador) en el que determina la infracción con todas sus circunstancias materiales, así como el autor con sus circunstancias personales. En nuestro Derecho actual es nota esencial de las infracciones que se encuentran descritas en una ley (principio de legalidad, reserva legal y mandato de tipificación legal)". Así, cuando los administrados cometan una infracción administrativa contemplada en algún cuerpo normativo[7], serán penalizados con una sanción administrativa, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

De esta manera, las sanciones administrativas son las consecuencias adoptadas por la Administración Pública a partir de una conducta ilegal, procurando que el Estado, mediante la imposición de sanciones administrativas, desincentive la realización de determinadas conductas que alteran el orden público o el interés general. Es decir, el objeto de las sanciones administrativas no es otro que el de incentivar, a través de la disuasión, el cumplimiento de su ordenamiento jurídico administrativo.

No obstante, no debemos perder de vista, que la imposición de las sanciones administrativas se lleva a cabo en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, el cual establece derechos, obligaciones y garantías mínimas para los administrados que deberán ser cumplidas por las entidades de la Administración Pública; en este caso, por el Tribunal del OSCE.

1.4 Planteamiento del problema

En la actualidad, el combate a la corrupción se ha convertido en uno de los problemas más importantes en la agenda de los Estados y de las empresas. El Perú no está exento de los riesgos institucionales y de las consecuencias jurídicas que el fenómeno de la corrupción genera en su sociedad. La corrupción genera pérdidas económicas al erario, afecta el crecimiento, el desarrollo de su economía, afecta su institucionalidad pública, perjudica su seguridad jurídica y desincentiva la llegada de nuevas inversiones extranjeras.

En este contexto, los casos como el Club de la Construcción o el Lava Jato ilustran la presencia e influencia que desarrolla la corrupción en el sector privado, también conocida como corrupción corporativa. De este modo, la relación entre el sector privado y el sector público puede generar casos de corrupción porque las empresas buscan obtener beneficios económicos indebidos a costa del sector público. Por ejemplo, la obtención de la licitación de un contrato de concesión sin cumplir con la experiencia.

6 Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cataluña: Tecnos, 2005. Pág. 236.
7 Al respecto, Nieto sostiene que: "la infracción, en definitiva, es una acción humana que la ley ha declarado como tal por ser causante de un hecho natural que agrede un orden (físico, social o moral) que el ordenamiento jurídico considera digno de esa protección". Nieto García, Derecho Administrativo Sancionador, Pág. 195.

Por otro lado, a pesar de que el Perú cuenta con una sólida legislación anticorrupción con sanciones muy severas, los casos de corrupción han aumentado. Asimismo, la creciente implementación de programas de prevención tampoco garantiza la disminución de actos de corrupción al interior de las empresas. Por este motivo, consideramos importante explorar otras alternativas efectivas para controlar o reducir el alto número casos de corrupción empresarial sin que necesariamente sea desde un punto vista penal.

La corrupción ha sido comúnmente asociada con otros problemas, como la falta de institucionalidad, la inseguridad jurídica, la falta de valores éticos, entre otros que suelen ser atribuidos como los causantes de su existencia. Asimismo, se convierte en un agente promotor de que los Estados incumplan con sus compromisos de reducir las violaciones al medio ambiente y a los derechos humanos.

Así, en el país son cada vez más frecuentes los escándalos de corrupción empresarial que han involucrado a las más altas autoridades políticas del país y a empresas de gran relevancia en el mercado nacional, siendo los casos más conocidos como los del Club de la Construcción y Lava Jato, donde se han investigado más de 123 empresas que presuntamente habrían cometido actos de corrupción corporativa como el cohecho, el tráfico de influencia y la obstrucción a la justicia. También hay que sumarle nuevos casos que se han descubierto en los últimos años en el sector de la construcción y que siguen en proceso de investigación, tales como el presunto Club de la Construcción Chino. Se estima que todos estos casos podrían representar un perjuicio económico al Estado peruano por más de $8,896 millones de dólares por casos de corrupción corporativa. Este hecho demuestra que, por más que se han hecho esfuerzos por combatir la corrupción de parte del gobierno y de los gremios empresariales, muchas empresas evitan cometer actos de corrupción, ya que es la mejor manera de garantizar la supervivencia en el mercado.

El impacto económico de la corrupción tiene múltiples facetas, entre las cuales, destacan las pérdidas atribuibles al latrocinio de los recursos del Estado, los sobrecostos que se generan a la inversión y al funcionamiento productivo del sector privado, la rápida pérdida de valor de las obras públicas mal construidas o inútiles, el costo y los gastos asociados a los esfuerzos que hace el Estado para luchar contra la corrupción, las barreras de acceso que dichos costos generan para los usuarios de los servicios públicos básicos, y el menoscabo en los derechos humanos que el Estado no puede proteger de manera plena, entre muchas depreciaciones y males que provienen de la corrupción.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, ha establecido que en promedio las empresas pagan en coimas un 10,9% del total del valor de las transacciones, lo cual implica un 34,5% de las ganancias, a lo que se suma la Cámara Internacional de Comercio, Transparencia Internacional, Naciones Unidas, Foro Económico Mundial y la OCDE, quienes han empleado la información del Banco Mundial para señalar que la corrupción aumenta el costo de los negocios en un 10% a nivel global y genera un sobrecosto a las contrataciones con el Estado en un 25% en

los países en desarrollo.[8]

Pero el costo económico de la corrupción representa solo una de las consecuencias del fenómeno, pues en el plano político, su impacto en particularmente perjudicial, pues desprestigia a las entidades y autoridades públicas y hace perder legitimidad a las instituciones democráticas, debido a la pérdida de interés y compromiso con las necesidades públicas por parte de los funcionarios o servidores públicos que privilegian sus intereses particulares, sumados a la perversidad de la ilegalidad como pauta del comportamiento funcional.

En términos sociales, la corrupción distorsiona los presupuestos y premisas en que se fundamenta la existencia del Estado, al hace primar el beneficio personal o particular por sobre el beneficio comunitario o colectivo, en un esquema por, por su frecuencia, genera el aumento en la tolerancia a la corrupción con el consecuente debilitamiento de los intereses sociales y la incubación de una apatía ciudadana, dado que el mal ejemplo y la impunidad que se percibe, por criterios de practicidad y elección racional, dan lugar a que gran parte de la ciudadanía considere que - como una encuesta demostró en el pasado reciente - está bien que una autoridad robe con tal que haga obras.

La corrupción saca partido y se fortalece de las debilidades en los controles, de los espacios vacíos y de las áreas grises del ordenamiento legal, así como, en muchos casos de la ingenuidad u ortodo01xia de nuestras instituciones y mecanismos de defensa, pues es claro que un fenómeno que siempre ha estado fuera de las reglas formales, se precie de ser heterodoxo, y no pueda ser combatido por medio de herramientas tradicionales u ordinarias, sino que requiere de la permanente innovación y de cambios radicales.

1.5 Formulación de la Propuesta

Es por ello que formulamos la presente propuesta que tiene como objeto buscar nuevas maneras de enfrentar la corrupción, por medio de la eliminación de los espacios que pueden ser aprovechados por la misma, para lo cual, en el plano de la contratación pública, propone la modificación del literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado como a continuación se detalla:

TUO DE LA LEY 30225 — LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.	PROYECTO DE LEY
Artículo 11. Impedimentos: 11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las	Artículo 11. Impedimentos: 11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones

[8] KHOURY ZARZAR, Fuad. El costo de la corrupción: la cuenta que pagas. Publicado en el Diario El Comercio el 08 de enero de 2015. Disponible en: https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/costo-corrupcion-cuenta-pagas-fuad-khoury-322011-noticia/ (Revisado el 26 de noviembre de 2023).

contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5, 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. (...)	a que se refiere el literal a) del artículo 5, las siguientes personas (...) s) En todo proceso de contratación y cualquiera sea el objeto social, las personas jurídicas cuyos integrantes formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en 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, gerente general, apoderados, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacioncitas o titulares, y aquel que tenga la facultad de dirigir, supervisar y controlar. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento es aplicable siempre que su participación individual o conjunta sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente. (...)

Como se sabe la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en ésta pueda ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre incursa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Al respecto, cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal –Libre

Concurrencia y Competencia[9], Publicidad[10], Transparencia[11], Trato Justo e Igualitario[12], entre otros– así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

En esa medida, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley. Asimismo, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos[13], los impedimentos previstos en el el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.

El impedimento citado ha sido previsto para evitar que aquellas personas jurídicas que se encuentran integradas por personas naturales –"socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, representantes legales, gerente general, apoderados, y aquel que tenga la facultad de dirigir, supervisar y controlar"– que son o han sido parte de otra persona jurídica sancionada con inhabilitación temporal o permanente para contratar con el Estado, puedan ser participantes, postores y/o contratistas.

De esta manera, los efectos de la sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado no serían soslayados o desconocidos, lo cual podría suceder si una empresa sancionada participa en procesos de selección y/o contrata con el Estado, a través de terceras personas, como empresas en las cuales participa a través de los "socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, representantes legales, gerente general, apoderados, y aquel que tenga la facultad de dirigir, supervisar y controlar, influenciando en las decisiones y en la gestion de la empresa.

Para ello, el la propuesta normative extiende los alcances de la prohibición a una persona jurídica, que si bien directamente no ha incurrido en una conducta sancionable, puede encubrir la participación de la persona sancionada a través de sus integrantes.

Asi, la consecuencia del impedimento es que la persona jurídica receptora de las mencionadas personas naturales no pueda participar en procesos de selección, ni contratar con el Estado.

---

[9] "En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores." Literal c) del artículo 4 de la Ley.
[10] "Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores." Literal g) del artículo 4 de la Ley.
[11] "Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento." Literal h) del artículo 4 de la Ley.
[12] "Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas." Literal k) del artículo 4 de la Ley.
[13] Establecido en el numeral 9) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Cabe indicar, que la gestión de una empresa, recae en un ejecutivo de la misma, llámese Gerente o Gerente General o Director General, con capacidad para comprometer la voluntad de la persona jurídica. Si revisamos las causales de aplicación de sanción a un contratista, o postor, todas ellas están referidas a temas de gestión: no mantener su oferta, vicios ocultos en la prestación, contratar estando impedido de hacerlo, participar sin estar en el registro correspondiente, suscribir contratos de obra más allá de la capacidad de libre contratación, presentar documentos falsos, entre otros.

Los grandes errores de la propuesta de un postor, no la cometen normalmente los accionistas, socios o participacionistas, sino los representantes legales (directores, gerentes, sub-gerentes, entre otros).

De esta manera, la propuesta legislativa va establecer una especie de responsabilidad objetiva para las personas que ostentan estos cargos, independientemente de si intervinieron o no en la adopción de la decisión que determinó la imposición de la sanción a la empresa sancionada.

Por ende, bastará con que alguno de los miembros de un órgano de administración de la empresa respecto de la cual se requiere determinar el impedimento, forme o haya formado parte de la empresa sancionada ya sea como socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, representantes legales, gerente general, apoderados, y aquel que tenga la facultad de dirigir, supervisar y controlar en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, para que la otra empresa se encuentre impedida de participar en procesos de selección y contratar con el Estado.

Asimismo, en la presente propuesta legislativa, también va configurar el impedimento si, los socios, accionistas o participacionistas, tienen o han tenido una participación mayor al cinco por ciento (5%) en el capital social o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente, se entiende que el porcentaje está referido al capital social o patrimonio de ambas empresas, tanto de la empresa respecto de la cual se requiere determinar el impedimento, como de la empresa sancionada.

Estos impedimentos establecidos en la propuesta legislativa ha sido previsto para evitar que algunas personas naturales que integran de alguna forma una persona jurídica inhabilitada burlen los efectos de la sanción participando en un proceso de selección a través de otra persona jurídica.

En este sentido, las contrataciones públicas deben garantizar no solo la eficiencia del gasto público, sino también el cumplimiento de las finalidades trazadas por los poderes públicos que ejecutan dicho gasto, así como evitar que este se vea afectado por actos de corrupción o malversación.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION NACIONAL

La presente proposición legislativa no contraviene el ordenamiento jurídico vigente, ni colisiona con otra norma aplicable al presente caso, pero si implica la modificación del literal s) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley

de Contrataciones del Estado, con la finalidad de evitar que las personas jurídicas que están siendo integradas por personas que hayan sido gerente general, apoderados, y que hayan tenido la facultad de dirigir, supervisar y controlar en empresas que hayan sido sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o definitiva para contratar con el Estado puedan valerse de personas jurídicas, eludiendo así los efectos de las sanciones que fueron objeto, a fin de poder participar en procesos de selección y contratación estatal.

III. ANÁLISIS COSTO — BENEFICIO

La presente propuesta no demanda recursos adicionales al Tesoro Público, dado que no genera gasto en materia presupuestal al Estado. Por el contrario, propone la modificación legislativa con la finalidad de impedir que las personas jurídicas cuyos integrantes hayan sido sancionados por responsabilidad administrativa funcional (en su mayoría por hechos relacionados con vulneración de la normativa que regula la contratación pública) puedan contratar con el Estado, procurando con ello evitar que se otorgue o disponga de recursos públicos en beneficio de personas con dichos antecedentes.

Por otro lado, los beneficios que podrían alcanzarse son de suma relevancia, pues se restringirían las pérdidas económicas propiciadas por los delitos de corrupción, maximizándose los recursos públicos, y propiciándose la ejecución de obras y/o servicios de calidad.

IV. MARCO DEL ACUERDO NACIONAL

La presente propuesta legislativa se enmarca en las políticas de Estado: "Democracia y Estado de Derecho" y "Estado eficiente, transparente y descentralizado" fijadas en el Acuerdo Nacional, conforme al siguiente detalle:

I. Democracia y Estado de Derecho:

Política 5: Gobierno en función de objetivos con planeamiento estratégico, prospectiva nacional y procedimientos transparentes.

IV. Estado eficiente, transparente

Política 24: Afirmación de un Estado eficiente y descentralizado y transparente.

Política 26: Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas.