

El registro de inhabilitados: Proveedores, Socios y Accionistas. Breve reflexión comparativa de las modificaciones incluidas en la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

JORGE PANDO VILCHEZ*

SUMARIO:

1. Impedidos para ser postores /contratistas. 2. Situaciones no contempladas. 3. Registros de CONSUCODE. 4. Impedimento de acceso RNP. 5. Consecuencias de importancia.

La entrada en vigencia de las modificaciones a la Ley N° 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su nuevo Reglamento¹, a partir del 29 de diciembre de 2004, presentan un sin número de cambios a las relaciones y formas en los procedimientos de selección, que los proveedores e Instituciones del Estado tienen que asimilar rápidamente.

Uno de los temas que vamos a abordar es el vinculado al registro de inhabilitados para contratar con el Estado.

1. IMPEDIDOS PARA SER POSTORES / CONTRATISTAS

De acuerdo con las normas originarias de la Ley N° 26850² estaban impedidos de contratar con el Estado, entre otras, las personas naturales o las personas jurídicas sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente, por el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Catedrático de la Facultad de Derecho de la PUCP del Seminario de Integración de Derecho Administrativo. Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica y Procuraduría del Congreso de la República.

1. Texto Único Ordenado de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM. Su Reglamento fue aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM. Ambos publicados en separata especial de Normas Legales del Diario Oficial El Peruano, el día 29 de noviembre de 2004.

2. En adelante sólo, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

La modificación realizada a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, incrementa una causal relacionada con la anterior. En este sentido, también se encuentran impedidas de contratar con el Estado, las personas jurídicas que tengan socios, accionistas, participacionistas o titulares que hayan formado parte de persona jurídica con sanción vigente o que tengan sanción vigente como persona natural.

En este aspecto quisiéramos señalar que:

El inc. g) del Art. 9º del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, señala textualmente:

«Están impedidos de ser postores y/o contratistas:

(...)

g) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas o titulares hayan formado parte de personas jurídicas sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado, o que habiendo actuado como personas naturales se encontraran con los mismos tipos de sanción; conforme a los criterios señalados en la Ley y en el Reglamento»

Por su parte, el Reglamento en su Art. 10º, refiriéndose al impedimento para acceder al Registro Nacional de Proveedores, dispone:

«No podrán inscribirse en el Registro Nacional de Proveedores:

(...)

«2. Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas o titulares que formen o hayan formado parte de personas jurídicas sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o definitiva para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado, o que habiendo actuado como personas naturales se encontraran con los mismos tipos de sanción. Este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al 5% del capital social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.»

(Los subrayados son nuestros).

Como se puede apreciar, existen dos diferencias entre los párrafos citados anteriormente. El reglamento incluye la palabra «formen» que no está en el texto de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero que debido a la misma autorización prevista en el artículo 9º de la Ley, resulta plenamente aceptable y por lo demás coherente con el sentido de la prohibición. Es decir, de quedarnos solamente en el texto inicial, podría

pensarse que el impedimento se aplica para quien formó parte de una persona jurídica sancionada, más no para quien sigue formando parte de ella, lo que resultaría contrario a su sentido y al objetivo de la modificación.

2. SITUACIONES NO CONTEMPLADAS

A continuación mostraremos en un cuadro los posibles tipos de sancionados y determinaremos si tienen, de acuerdo con la nueva normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, posibilidad de ser postores y/o proveedores de las entidades del Estado.

<u>TIPO DE SANCIONADO</u>	<u>PUEDE CONTRATAR COMO PERSONA NATURAL?</u>	<u>PUEDE CONTRATAR LA NUEVA PERSONA JURÍDICA DE LA QUE FORMA PARTE?</u>
Persona Natural sancionada	NO	NO
Persona Jurídica sancionada:	-----	-----
• Su accionista	SÍ	NO
• Su socio	SÍ	NO
• Su participacionista	SÍ	NO
• Su titular	SÍ	NO
• Su representante legal	SÍ	SÍ

Como podemos apreciar, existe un vacío normativo en lo siguiente: si una persona natural tiene sanción vigente, no puede contratar con el Estado, pero, si una persona jurídica tiene sanción vigente, sus accionistas si pueden contratar con el Estado como personas naturales, pues no existe impedimento para ello.

De otro lado, si una persona jurídica decide un aumento de capital y se incorpora como accionista el ex accionista de otra que esta con sanción vigente de inhabilitación, origina automáticamente la inhabilitación de la nueva empresa que hasta esa fecha se había cuidado de cumplir con sus contratos.

Claro que alguien puede afirmar que es un tema privado, entre el nuevo accionista y la persona jurídica, pero también es cierto que las personas jurídicas deben ser conscientes de este nuevo riesgo a efectos de evitar perjuicios posteriores causados por un nuevo accionista, socio, participacionista o titular.

No obstante lo expuesto, desde nuestro punto de vista, el mayor problema reside en los representantes legales de las personas jurídicas o en los directores de las mismas, que son precisamente los que originan, en la mayoría de los casos, las sanciones a las que las personas jurídicas son sometidas. Este aspecto no está contemplado en la nueva regulación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ni en su reglamento.

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). Es más hasta podría decirse que en muchos casos el accionista de una sociedad anónima, por ejemplo, es ajeno completamente a la decisión de participar en tal o cual proceso de selección y es ajeno a la elaboración propia de la propuesta. La responsabilidad de ello es casi en su integridad del gerente responsable, con otros funcionarios o trabajadores de la persona jurídica.

Por ello, si bien manifestamos nuestro total acuerdo con haberse incluido como impedimento para contratar con el Estado el hecho de contar con socios, accionistas, participacionistas o titulares de una persona jurídica con sanción vigente, también es cierto que el círculo no estará completo hasta que se incluya también a los representantes legales de dichas personas jurídicas sancionadas.

Este aspecto, sin lugar a dudas merece una necesaria decantación, pues validamente alguien podría señalar que en su calidad de abogado o asesor legal representante de una persona jurídica, por qué tiene que verse afectado con un tema totalmente ajeno a su labor de representante solo judicial o para aspectos ajenos a las adquisiciones de la empresa. Quizá, su implementación implique que el procedimiento administrativo sancionador, identifique por lo menos a determinados funcionarios como responsables directos de la causal de sanción, en tanto representantes participantes en el proceso de selección.

Ello no sería una novedad, pues ya la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado prevé en su Art. 9º inc. e), el tema relacionado a los apoderados o representantes legales de las personas jurídicas, para otros supuestos.³

3. REGISTROS DEL CONSUCODE

En materia de Registros, se ha pasado de un Registro Nacional de Contratistas y un Registro de Impedidos para Contratar con el Estado, a un solo registro: Registro Nacional de Proveedores, dividido en diversos capítulos dentro de dicho registro, siendo uno de ellos el capítulo de Inhabilitados para Contratar con el Estado.

Sobre este particular, deseamos resaltar un tema, cual es la disposición contemplada en el Art. 49º del Reglamento, referente a los expertos independientes. Allí se dispone que no es necesario que los expertos independientes estén registrados en el Registro Nacional de Proveedores, lo que origina las siguientes situaciones:

- Una formal, que impide saber con claridad si los expertos independientes sancionados no son incluidos en registro de inhabilitados para contratar con el Estado. Interpretación que nosotros descartamos por completo.
- Una sustantiva, en el sentido que no existe impedimento para que el socio, accionista, participacionista o titular de una persona jurídica con sanción vigente, si pueda contratar con el Estado como experto independiente, sin ningún inconveniente, aun cuando la ley incluyera nuestra propuesta (de incluir a dichas personas como impedidos de acceder al Registro Nacional de Proveedores), como consecuencia del cuadro N° 1. Ello indudablemente debería perfeccionarse, y a nuestro entender bastaría con hacer los ajustes necesarios en el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.⁴

3. «Están impedidos de ser postores y/o contratistas:
(...)

Las personas jurídicas o naturales cuyos apoderados o representantes legales sean cónyuge, conviviente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas a que se refieren los literales a) y b) precedentes».

4. Nótese que el Art. 10º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, prohíbe la inscripción de sancionados en el Registro Nacional de Proveedores, y es precisamente el mismo reglamento que en su Art. 49º exime del requisito de inscripción el dicho registro a los expertos independientes.

4. IMPEDIMENTO DE ACCESO RNP

El Art. 10° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, regula cuales son los impedimentos para acceder al Registro Nacional de Proveedores, señalando que no pueden inscribirse quienes se encuentran con sanción vigente. Sin embargo, cabe recordar que el Art. 6° al describir el registro, lo desagrega en capítulos, siendo uno de dichos capítulos precisamente el capítulo de Inhabilitados para Contratar con el Estado. Por ello, no entendemos la limitación del Art. 10°, porque nada impide que una persona natural o jurídica sancionada, pueda registrarse como proveedor de bienes, proveedor de servicios, consultor o ejecutor de obras, y al mismo tiempo se registre su sanción vigente en el Capítulo de Inhabilitados, salvo que se trate de un proveedor sancionado con inhabilitación definitiva. La limitación del Art. 10° puede llevar a extender, en la realidad, la sanción de inhabilitación temporal que hubiese sufrido el proveedor, en la medida que dicha persona natural o jurídica, tendría que esperar que se cumpla el plazo de su sanción para solicitar su inscripción o renovación de inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, y mientras tanto imposibilitado de participar en un procedimiento de selección, por no contar aun con el registro. Cabe precisar, que si el registro va a funcionar como un procedimiento administrativo de aprobación automática, lo que acabamos de mencionar no traería mayores consecuencias, sin embargo, tal como se puede evidenciar de lo previsto en el Art. 14° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el procedimiento de registro sería una evaluación previa con silencio administrativo negativo.⁵

5. CONSECUENCIAS DE IMPORTANCIA

De acuerdo con lo previsto en el Art. 9° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la consecuencia de contratar con alguien que se encuentra en alguno de los supuestos de impedimento, es el que dichos contratos sean NULOS. Respuesta jurídicamente normal. Pero, ¿qué pasa cuando un contrato está en plena ejecución y se detecta una situación de impedimento prevista en el citado artículo?

5. Artículo 14°.- Vigencia de la inscripción: «La vigencia de la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores será de un (1) año contado a partir del día de su aprobación, pudiendo el interesado iniciar el procedimiento de renovación desde un (1) mes antes de su vencimiento. (...)

Lo nulo significa que «nunca existió». Pero, si parte de las prestaciones ya están ejecutadas y no pagadas ¿Debe devolverse los bienes recibidos? o ¿debe pagarse los bienes recibidos?

¿Qué sucede cuando estamos frente a servicios o a consultoría de obra? ¿Si el servicio recibido es del 80% de avance?

¿Qué pasa cuando estamos frente a obras? Una obra de infraestructura en una localidad alejada del interior del país y fundamental para el desarrollo e integración de la misma al resto del país? O de una escuela, que se ha avanzado en solo sus estructuras?

En estos temas, la solución no solo pasa por una decisión jurídica y legalmente válida: la NULIDAD, sino por una solución legal más acorde con la realidad. Si la corrupción origina que el contrato celebrado tenga determinados vicios, ello no debe impedir que el destinatario final de la obra, bien o servicio, pueda volver a quedar abandonado. Hay países que solucionan este aspecto, obligando a que los proveedores impedidos, independientemente de las sanciones o responsabilidades que de ello se deriven, están obligados a cumplir con el íntegro de la prestación, deducido del precio a pagar el monto de la ganancia, es decir, culminar la prestación al costo. Esto es una opción, en nuestra opinión mejor que la ausencia de solución actual, ya que si bien el citado Art. 9º se refiere a la nulidad, no se regula como opera dicha nulidad en la realidad.

Otro tema sin solución en lo que se refiere a impedimentos para ser postor o contratista, es el referido a bien o servicio que no admite sustituto (ex figura del proveedor único). ¿Qué sucede si dicho proveedor es sancionado? ¿Dónde adquiero el bien o servicio? Consideramos que ello debería incorporarse también en la actual legislación sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, a efectos de darles una solución adecuada, que permita a los operadores, proveedores, funcionarios adquirentes, funcionarios de control, tener elementos más claros para su actuación y garantizar, entre otros, el principio de predictibilidad en los procedimientos administrativos.