

El Impedimento Para la Contratación Estatal de la Persona Jurídica Vinculada

Silvana Lorena Armas Diéguez*

Resumen:

El presente trabajo analiza desde una perspectiva constitucional, aplicando el test de proporcionalidad en la limitación de los derechos, el impedimento para la contratación de aquellas personas jurídicas vinculadas, a través personas naturales, con aquellas personas jurídicas a las cuales se les ha impuesto una sanción de inhabilitación temporal o definitiva para contratar con el Estado. A partir de dicho marco de estudio, la autora considera que la injerencia sobre la libertad de contratación es desproporcionada en razón a que vulnera el principio de causalidad y la responsabilidad objetiva, al atribuirle a un tercero (persona jurídica vinculada) las consecuencias por las acciones realizadas por una persona jurídica distinta a ella.

Palabras clave:

Contratación – Impedimentos – Causalidad – Inhabilitación – Responsabilidad objetiva – Persona jurídica vinculada – Test de proporcionalidad

Abstract:

This paper analyzes from a constitutional perspective, applying the test of proportionality about limiting rights, the impediment to hiring those associated corporations, through individuals, with those legal persons which has imposed a sanction temporary or permanent disqualification from government contracts. From this framework of study, the author finds that the interference on freedom of contract is disproportionate because it violates the principle of causality and strict liability, by attributing to a third party (legal person linked) consequences for the actions made to it by a different legal entity.

Keywords:

Recruitment – Disabilities – Causation – Strict liability – Disqualification – Legal person linked – Test of proportionality

Sumario:

1. Introducción – 2. Fundamentos de los impedimentos para contratar con el Estado – 3. Relación de causalidad y responsabilidad objetiva – 4. Impedimento para contratar del tercero vinculado con una persona sancionada – 5. Conclusiones

* Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Maestría con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudios de especialización en contrataciones con el Estado. Especialista en derecho constitucional y derecho administrativo. Asociada Senior de Carrera, Pinatte & Baca-Álvarez Abogados.

1. Introducción

La libertad de contratación constituye un derecho fundamental consagrado en los artículos 2 numeral 14 y 62 de la Carta Política. No obstante, este atributo adquiere un especial matiz al circunscribirlo a la contratación con el Estado. Ello se verifica en el artículo 76 de la Constitución, el cual establece un marco general que es desarrollado a través de la vigente Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017) y la nueva ley sobre la materia (Ley N° 30225)¹ la misma que a la fecha aún no ha entrado en vigencia.

Este cuerpo normativo, de reciente data, contiene los presupuestos que orientan estas actividades en función de la maximización de los recursos públicos y de su consonancia con la serie de principios contemplados en su artículo 2. Es en virtud a estas circunstancias que tanto el Decreto Legislativo N° 1017 como la Ley N° 30225, exigen condiciones mínimas a los proveedores, estructurándose además el proceso de contratación a través de una serie de etapas claramente delimitadas.

Dicho esquema se inscribe dentro de un escenario en el que el artículo 44 de la Constitución Política establece el deber del Estado de promover el bienestar general. La formulación gaseosa de este mandato se concreta en el cuerpo legal objeto de análisis al establecer diversas condiciones que permitan materializar el proceso de contrataciones de la mejor manera posible, garantizando claramente las reglas para su realización y salvaguardando tanto los recursos como el interés público.

En esta línea, resulta comprensible que el artículo 10 del Decreto Legislativo y el artículo 11 de la Ley N° 30225, establezcan diversos supuestos de impedimento para ser participantes, postores o contratistas. Dentro de ellos, destaca el regulado en su literal k). En él se establece, conforme lo dispone el Acuerdo N° 015/2013 emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado, que una persona jurídica se encuentra impedida de ser participante, postor y/o contratista en los supuestos siguiente: (i) Si sus socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales forman parte del proveedor sancionado (persona jurídica sancionada). Es decir, en el momento en que participa en el proceso, es postor o suscribe un contrato con una entidad, la persona jurídica vinculada y el proveedor sancionado comparten simultáneamente

socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales; y, (ii) Si sus socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formaron parte del proveedor sancionado (persona jurídica sancionada) dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la sanción. Es decir, cuando los socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de la persona jurídica vinculada, formaron parte del proveedor sancionado, en el pasado, dentro de los doce (12) meses siguientes a la imposición de la sanción.

Al respecto, consideramos que el contenido de este dispositivo debe ser modulado, pues traslada de manera desproporcionada a una tercera persona los efectos provenientes de una relación jurídica de la que no es parte. Sin perjuicio de las ideas que serán expuestas en este trabajo, la constitucionalidad de toda intervención sobre un derecho depende de la idoneidad y la necesidad de la medida en la tutela de un objetivo constitucionalmente válido que justifique la intervención sobre el derecho sin perturbarlo de manera desproporcionada, situación que por las razones que expondremos no se produce en el supuesto objeto de estudio.

2. Fundamentos de los impedimentos para contratar con el Estado

Como hemos señalado, el parámetro sobre la contratación estatal se encuentra en el artículo 76 de la Constitución Política. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha permitido interpretar los alcances de este dispositivo señalando lo siguiente:

«La función constitucional de esta disposición es (...) lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados [promoción del desarrollo humano, la moralidad, la imparcialidad, la libre competencia y competencia, la razonabilidad, la eficiencia y la publicidad] para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos»² (el subrayado es nuestro).

En la anterior glosa, el colegiado reconoce el importante rol que desempeñan los principios en las contrataciones. Como mandatos de

1 De conformidad con la Octava Disposición Complementaria Final y con el literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30225 (Nueva Ley de Contrataciones del Estado), el Decreto Legislativo N° 1017 será derogado treinta días calendario desde la publicación del reglamento de la Ley N° 30225.

2 Tribunal Constitucional, sentencia emitida en el Expediente N° 0020-2003-AI, FJ. 12.

optimización³, los principios constituyen criterios que apuntan a la consecución de objetivos constitucionalmente válidos a partir de las condiciones verificables en cada caso concreto⁴. En ese sentido, el catálogo dispuesto en los artículos 4 del Decreto Legislativo N° 1017, y 2 de la Ley N° 30225, coadyuva a determinar el marco que permite la realización de las contrataciones del Estado.

Dentro de ese eje, es admisible que dichas leyes contemplen supuestos que impidan establecer un vínculo contractual con el Estado. Ello se debe a que tal actividad resulta especialmente sensible, considerando las diversas implicancias prácticas que su realización conlleva y las noticias que suelen ser divulgadas en torno a presuntas irregularidades en torno a su realización. Tales límites responden a la necesidad de resguardar el *interés general*, bien de contenido indeterminado en atención a las siguientes circunstancias:

«En primer lugar, el concepto de interés general nace como una forma de excluir los intereses particulares del gobierno. En segundo lugar, el interés general es el criterio fundamental para determinar la necesidad de la intervención de la administración pública y de la jurisdicción contencioso administrativa. En tercer lugar, el interés general actúa como límite, nexo y medida de los poderes públicos, resultando un baremo fundamental para determinar la conducta de los gobernantes»⁵ (el subrayado es nuestro).

Frente a esta indeterminación, los principios que orientan la contratación estatal desempeñan un rol fundamental para determinar la idoneidad de los impedimentos contemplados por el Decreto Legislativo N° 1017 y la Ley N° 30225. Entre ellos, destacan la *transparencia* (reconocido como principio por la Ley N° 30225) y *publicidad*, pues se erigen en baremos que facilitan la disposición de información sobre el proceso de contratación, como también la *libre concurrencia y competencia*.

Respecto a este último extremo, es necesario señalar que tal concurrencia es promovida por el Estado. No obstante, la existencia de potenciales escenarios de corrupción invita al legislador a formular impedimentos que respondan no solo a la concurrencia de supuestos verificables en la realidad, sino que además se encuentren

inspirados en parámetros de razonabilidad y de justificación en los bienes jurídicos cuya tutela es procurada en el proceso de contratación⁶.

3. Relación de causalidad y responsabilidad objetiva

Las perspectivas contemporáneas sobre la contratación con el Estado han abandonado la mirada tradicional que la situaban como un proceso diseñado en función de determinadas reglas. Esto se debe a la incidencia que la configuración del Estado social y democrático de Derecho tiene sobre toda parcela y que amerita la correspondiente reestructuración de los distintos procesos en función de bienes e intereses de superlativa protección. Es en este contexto que nos encontramos frente a la *contratación pública estratégica*, innovador concepto sobre el que Rodríguez Martín-Retortillo señala lo siguiente:

«La contratación pública estratégica consiste en un nuevo enfoque de la contratación pública como un medio para alcanzar objetivos de carácter social, ambiental o innovador 'en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos'. (...) Cada vez que una autoridad pública efectúa la adjudicación de un contrato ejerce una repercusión en la realidad social que es imposible eludir. Por ello, se debe aunar el respeto a los principios básicos de la contratación con objetivos sociales desde el prisma de la igualdad material»⁷ (el subrayado es nuestro).

En este marco, los impedimentos contemplados en los artículos 10 del Decreto Legislativo N° 1017 y 11 de la Ley N° 30225 deben vincularse con los objetivos procurados por la contratación pública estratégica. Ellos en buena cuenta deben responder a los preceptos contenidos en los artículos 39, 43, 44 y 103 de la Constitución Política, de tal manera que justifiquen la intervención sobre la libertad de contratación.

En estos supuestos, el legislador pretende sustentar el impedimento en una *relación de causalidad*, sobre la cual Abbagnano presenta las siguientes aristas:

«[La causalidad] en su significado más general, [es] la relación entre dos cosas, en virtud de la cual

3 Robert Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, N° 5 (1988): 143.

4 Edgardo Rodríguez Gómez, «¿Crisis de la ley?, principios constitucionales y seguridad jurídica», *Universitas*, N° 3 (2006): 33-34.

5 Carlos Castro Cuenca, Luisa García López y Juan Martínez Vargas, *La contratación estatal: Teoría General* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010): 39-40.

6 Isabel Sánchez Gil, *La integridad en la contratación pública*, (Madrid: OCDE, 2009): 18-19.

7 María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, «La contratación pública estratégica en el marco de la nueva directiva de contratación pública», en *La reforma de las administraciones públicas*, dir. José Pernas García (Madrid: Bubok, 2015): 542.

la segunda es unívocamente previsible a partir de la primera. Históricamente, esta noción ha adquirido dos formas fundamentales: 1) la forma de una relación racional por la cual la causa es la razón de su efecto que, por lo tanto es deducible de ella (...); 2) la forma de una relación empírica o temporal, por la cual el efecto no es deducible de la causa, pero es previsible a partir de ella, por la constancia y uniformidad de la relación de sucesión»⁸.

A grandes rasgos, podemos verificar este nexo en los literales a) al i) de los artículos 10 del Decreto Legislativo N° 1017 y 11 de la Ley N° 30225, debido a que la calidad específica del sujeto pone en tela de juicio su participación en la contratación debido a la relación directa o indirecta que podría ejercer en el proceso de selección. Distinto es el escenario que formulan los literales j) y k), en los se formulan la responsabilidad objetiva y la calidad de tercero vinculado, respectivamente, como supuestos que impiden establecer el vínculo contractual con el Estado.

Estos dos últimos casos pueden ser considerados similares, pero su justificación para ser causales de impedimento es distinta. En el primero opera la relación de causalidad y la responsabilidad objetiva, mientras que en el segundo se instituye una presunción seriamente cuestionable. Esto se debe a que instituye una presunción genérica y carente de matices que puede afectar a terceras personas que no forman parte de la relación jurídica integrada por sujetos sobre los cuales se han impuesto sanciones.

A mayor abundamiento, la *responsabilidad objetiva* es el «simple nexo de causalidad entre la conducta y el daño unido a una condición concreta de aquel a quien se imputa el daño»⁹. Su formulación está desprovista de elementos vinculados a la culpa o a la creación del riesgo, ya que la materia jurídicamente relevante es el daño causado, independientemente de la voluntad de producirlo.

Tal condición se encuentra inmersa en el literal j) de los artículos 10 del Decreto Legislativo N° 1017 y 11 de la Ley N° 30225. Ello se constata en la sanción administrativa de inhabilitación impuesta para participar en procesos de selección y contratación con el Estado. Ella se debe a la actuación del sujeto sancionado, sea como persona natural o como persona jurídica. Sobre esta materia, la teoría jurídica nos explica la proyección de la

responsabilidad de la persona jurídica sobre las personas naturales que la integran:

«Las teorías objetivadoras ponen el acento de la responsabilidad empresarial en la doctrina de la prolongación de la actividad del empresario en el empleado (teoría de la representatividad u orgánica), (...) o bien desde la óptica de la absorción del riesgo (el riesgo del factor humano se engloba en el riesgo de la empresa)»¹⁰.

En el supuesto establecido en el literal j) se constata la relación entre la sanción y el impedimento para ser participante, postor o contratista debido a que existe el nexo causal entre el hecho, la sanción y la consecuencia jurídica, que es el impedimento para contratar. Sin embargo, como veremos a continuación, esta situación no se produce en el mencionado literal k).

4. Impedimento para contratar del tercero vinculado con una persona sancionada

El literal k) de los artículos 10 del Decreto Legislativo N° 1017, y 11 de la Ley N° 30225, traslada la inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado a aquellas personas jurídicas que compartan, o hayan compartido en los últimos doce (12) meses, socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales, con otra persona jurídica que haya sido sancionada administrativamente, con inhabilitación temporal o permanente, para contratar con el Estado.

En este supuesto no se acredita la relación de causalidad, la responsabilidad objetiva ni la identidad entre el sancionado y el impedido para contratar. Por el contrario, se apela a una fórmula que deposita responsabilidad a un tercer sujeto que no ha sido sancionado (persona jurídica vinculada) por el solo hecho de contar al interior de su organización con una persona que forma parte de otra persona jurídica que sí ha sido sancionada. La intención del texto es prevenir que las personas jurídicas sancionadas se valgan de nuevas personas jurídicas para contratar con el Estado. No obstante, este supuesto requiere ser modulado, pues la identificación de una persona natural al interior de una persona jurídica sancionada no puede configurar per se el impedimento para

⁸ Nicola Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1987): 152.

⁹ María Belen Sáinz-Cantero Caparrós, «Responsabilidad y valoración jurídica de la causalidad en los daños civiles derivados de la circulación de vehículos a motor», en *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial*, ed. Lorenzo Morillas Cueva (Madrid: Dykinson, 2007): 533.

¹⁰ Laura Gásquez Serrano, *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario* (Madrid: Reus, 2012): 26.

contratar de otra persona jurídica que no ha cometido infracción alguna.

El tercero que se encuentra en esta situación, se denomina –como ya lo hemos indicado– *persona jurídica vinculada*. Al respecto, el artículo 5 de la Resolución CONASEV 090-2005-EF/94.10 (Aprueban Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos) define la *vinculación* como «la relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado». Dicho dispositivo establece los supuestos en los que, salvo prueba en contrario, se presume la existencia de vinculación entre personas jurídicas, personas naturales y entre personas naturales y jurídicas.

Aun cuando en esta última categoría se configuran situaciones similares a las previstas en el literal k), somos de la opinión que ello no enerva lo dicho líneas arriba. Un planteamiento tan genérico y sin matiz alguno determina que por una presunción todas aquellas personas jurídicas que se encuentren en la referida situación deberán encontrarse impedidas de contratar con el Estado debido a una sanción que no le ha sido impuesta.

Para mayor detalle, debemos recordar que uno de los principios de la potestad sancionadora es el de *causalidad*. De acuerdo al artículo 230 numeral 8 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), «la *responsabilidad* debe recaer en *quien realiza la conducta* omisiva o activa *constitutiva de infracción sancionable*». El literal k) traslada esta causalidad y responsabilidad a un tercero que no se encuentra involucrado en la comisión de la infracción, situación que quebranta el referido mandato de la Ley N° 27444.

Por otro lado, es necesario considerar que esta prohibición constituye una intervención sobre la libertad de contratación. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, esta libertad es susceptible de ser restringida. Para tales efectos, identifica a sus *límites explícitos*, los cuales «son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público»¹¹. De igual manera, considera que los *límites implícitos* de la contratación son «las restricciones (...) frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos»¹².

La aplicación de estos estándares nos lleva a señalar que el supuesto del literal k) se encuentra fuera de los límites explícitos debido a que la participación

de la persona jurídica como participante, postor o contratista es lícita en la medida que no ha sido sancionada. De igual manera, su participación en el mencionado proceso no desvirtúa los límites implícitos de la contratación debido a que no atenta contra derecho fundamental alguno, sino que, por el contrario, permite ejercer la libertad contractual sin generar desmedro sobre el interés público.

Como puede apreciarse, es admisible la limitación sobre la libertad de contratación siempre y cuando se verifique la concurrencia de determinados elementos. A fin de ahondar en esta materia y cerrar la discusión sobre esta causal, es preciso aplicar el *test de proporcionalidad en la limitación de los derechos*¹³ sobre el supuesto contemplado en el literal k), a efectos de establecer si el mismo se alinea dentro los cánones de constitucionalidad.

Al respecto, dicho supuesto no satisface el *subprincipio de idoneidad o de adecuación* debido a que la injerencia per se no fomenta un objetivo constitucional, máxime si, como se ha señalado, la medida en estricto atenta contra el principio de causalidad. Tampoco satisface el *subprincipio de necesidad* porque existe un mecanismo alternativo y que responde al nexo de causalidad y de responsabilidad objetiva, en virtud del cual el impedimento se atribuya en función de una previa inhabilitación sobre el mismo sujeto que tiene la intención de contratar. En mérito a ello, no se cumple con el *subprincipio de proporcionalidad strictu sensu* debido a que el grado de afectación de la libertad de contratación no es equivalente al bien jurídico protegido, que valgan verdades no es apreciable de manera concreta en este caso.

A pesar de estas circunstancias, el Tribunal de Contrataciones del Estado convalidó la legalidad de este impedimento a través de su Acuerdo N° 015/2013, establecido en diciembre de 2013. Dicho colegiado arribó al Acuerdo de Sala Plena sobre los criterios de aplicación del literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual no superó la literalidad de dicho dispositivo. Esta afirmación se constata en la interpretación que realiza sobre el impedimento. En dichos criterios, lo más relevante es la precisión que adopta sobre la interrupción del impedimento cuando la persona jurídica ya no cuenta con el proveedor sancionado que se vinculaba y los tres casos en los que no es exigible la participación mínima del 5%.

Consideramos que, al formularse este acuerdo, el Tribunal de Contrataciones del Estado perdió la importante oportunidad de realizar un análisis

11 Tribunal Constitucional, sentencia emitida en el Expediente N° 2670-2002-AA, FJ. 3.

12 Loc. cit.

13 Tribunal Constitucional, sentencia emitida en el Expediente N° 0048-2004-AI, FJ. 65.

mayor sobre este dispositivo. El mismo hubiera podido involucrar el reconocimiento sobre las deficiencias de la regulación de dicho dispositivo, particular que hubiera incidido gravitadamente en un texto alterno que podría haber sido incorporado en la nueva ley sobre la materia (aprobada en 2014), pero que aún no se encuentra en vigencia debido a su falta de reglamentación.

5. Conclusiones

El Estado social y democrático de Derecho ha orientado la reformulación del ordenamiento jurídico como un todo orgánico, estructurado desde el principio de supremacía constitucional. En ese marco, cada componente del ordenamiento debe ser interpretado a la luz de los principios y derechos contenidos en la Constitución Política.

La libertad de contratación y, en específico, la contratación con el Estado no es la excepción. Es por ese motivo que el mandato establecido en el artículo 76 de la Constitución Política no puede ser comprendido como uno satisfecho con su simple desarrollo en la Ley de Contrataciones del Estado. Por el contrario, amerita que las materias incorporadas en la mencionada norma se alineen a los contenidos consagrados en la Carta Política, con el propósito de sustentar su validez.

Es por ese motivo que el análisis de los impedimentos para la contratación con el Estado supera la mera verificación respecto a la claridad de los enunciados cobijados en los artículos 10 y 11 del Decreto Legislativo N° 1017 y de la Ley N° 30225, respectivamente. Para tales efectos, es preciso disponer de los principios que orientan esta materia, a efectos de utilizarlos como parámetros que permitirán establecer si la restricción sobre determinadas parcelas de la libertad contractual resulta admisible.

Tales criterios fueron aplicados en el estudio sobre el impedimento para la contratación de las personas jurídicas vinculadas, a través de personas naturales, a otras personas jurídicas a las que se les impuso una sanción de inhabilitación. El resultado de dicho análisis nos lleva a concluir que dicha prohibición contiene un supuesto prohibitivo genérico que repercute de manera negativa sobre el nexo de causalidad y de responsabilidad objetiva debido a que aplica a un tercero las consecuencias derivadas de una infracción cometida por un sujeto distinto a ella. En ese sentido, la restricción sobre la libertad contractual no satisface el test de proporcionalidad en la limitación de los derechos, razón por la cual somos de la opinión que la medida debe ser sujeta a revisión, con el propósito de matizar su aplicación a supuestos específicos en los que exista el referido nexo y la responsabilidad objetiva. 