



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA

RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 011 -2020-GA-MPI

Ica, 09 ENE. 2020



VISTO:

El Oficio N° 949-2019-GA-MPI de Gerencia de Administración, la Carta N° 261-2019-GA-MPI, la Gerencia de Administración, la Carta N° 008-2019/SUPICA-ALBONA, del representante legal de la Supervisión de Obra y el Informe Legal N° 05 - 2020 -GAJ - MPI, de la Gerencia de Asesoría Jurídica, y;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 10 de octubre del 2019, la Municipalidad Provincial de Ica y la empresa ALBONA E.I.R.L., suscribieron el Contrato N° 055-2019-GA-MPI para la Supervisión de la Obra: **"Mejoramiento del Parque Miguel Grau en la Urbanización San Isidro, distrito de Ica - Ica"**. Dicho contrato fue suscrito bajo el marco de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, teniendo como plazo de ejecución 90 días calendarios.

Que, mediante Oficio N° 779-2019-SGLI-GA-MPI de fecha 16 de diciembre de 2019, la Sub Gerencia de Logística e Informática advirtió a la Gerencia de Administración la presunta contravención al Principio de Presunción de Veracidad al haber declarado en su ANEXO N° 02 de los documentos para firma de contrato que *"no tenía impedimento alguno para participar en la presente contratación"*, cuando lo real y concreto es que el Jefe de Supervisión propuesto, Ing. José Luis Paulo Cesar Borjas Flores con DNI N° 07634045 y con CIP N° 74729, registra una INHABILITACION VIGENTE impuesta por la Contraloría General de la Republica mediante Resolución N° 0001-770-2018-CG/SAN; sanción que se encuentra vigente hasta el 09/02/2023, lo cual le impediría a la empresa ALBONA E.I.R.L. contratar con la entidad en cumplimiento del inc. o) y q) del Art. 11.1° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y que, a su vez, representaría un incumplimiento la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 053-2019-GA-MPI, la cual indica las causales para Resolución de Contrato, dentro de ellas el inc. 1 dice *"el incumplimiento de las cláusulas del presente contrato por el contratista"* y, precisamente, la Cláusula Novena del citado Contrato N° 055-2019-GA-MPI dice: **"EL CONTRATISTA declara que no se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado, cuenta con RNP de Servicios vigente y que no tiene impedimento ni limitación legal alguna para celebrar el presente contrato"**.

Que, mediante Carta N° 261-2019-GA-MPI, la Gerencia de Administración, corre traslado a la empresa ALBONA E.I.R.L. de las observaciones advertidas y solicita que en el plazo de 10 DÍAS CALENDARIOS efectúe su descargo respectivo a fin de no vulnerar su derecho a defensa, bajo apercibimiento de resolver el contrato

Que, mediante Carta N° 008-2019/SUPICA-ALBONA, presentada con fecha 30 de diciembre de 2019, dentro del plazo otorgado, la empresa supervisora cumple con realizar su descargo principalmente bajo los siguientes argumentos:

1. Que la empresa ALBONA E.I.R.L. no tiene impedimento alguno para contratar con el estado pues no se encuentra en el registro de proveedores sancionados por el Tribunal de Contrataciones del OSCE.
2. Que el Contrato N° 055-2019-GA-MPI es el resultado de un contrato menor a 8 UIT, en ese sentido proporciona la Opinión N° 047-2018/DTN sobre supuesto excluido del ámbito de aplicación.
3. Que la sanción del Ing. José Luis Cesar Borjas Flores, es aplicable para el ejercicio de la función pública bajo cualquier modalidad de contrato con dicha persona, situación distinta al citado profesional cuyo contrato es con mi representada bajo su ejercicio y experiencia profesional como ingeniero civil, es decir, tiene vínculo laboral con mi representada como empresa privada. Además, que ha hecho consultas al OSCE - ICA y le han indicado que no se tiene precisión normativa al respecto toda vez que la aplicación de la ley de contrataciones y su reglamento es para personas jurídicas o naturales que suscriben contratos con el estado, entendiéndose de manera directa, con algunas excepciones que no serían aplicables al tema tratado más aún si se vulnera el derecho a trabajar de un ciudadano.
4. Indica la diferencia existente entre las cuales para resolver el contrato y las causales para declarar la nulidad del contrato, dado que la resolución esta estrictamente ligado al incumplimiento de las obligaciones esenciales de una de las partes, y la nulidad del contrato esta ligado a lo señalado en el Art. 44° de la Ley de Contrataciones.
5. Que el Ing. Jose Luis Borjas Flores no tiene impedimento para contratar con el estado dado que no tiene sanción por parte del Tribunal de Contrataciones, situación diferente a una inhabilitación para ejercer función pública determinado por la Contraloría General de la Republica.
6. Que, el citado profesional fue representante de la empresa ALBONOA E.I.R.L hasta el 31/07/2019 ante lo cual renuncio a toda vinculación para que mi representada continúe siendo proveedor del estado, dado su experiencia





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



ganada en los años como tal, donde no se tiene ningún cuestionamiento a la calidad del servicio que brinda y mucho menos alguna inhabilitación.

7. Refiere que el citado profesional no posee control efectivo de su representada, tal como se puede acreditar en los documentos suscritos por su persona.
8. Indica que en reiteradas ocasiones, tramita el cambio del citado profesional, pero que la entidad no ha respondido por lo que quedaría consentido por silencio administrativo.

Que, por todo ello, considera que no se ha contravenido el principio de Presunción de Veracidad y no se tendría impedimento alguno para contratar con el estado, además indica que, no se tiene sustento técnico legal, para que su representada no pueda contratar con el estado toda vez que la normativa de contrataciones hace referencia a las contrataciones de accionariado o de sociedades mas no de relaciones laborales, como es el caso de mi representada con el ingeniero José Luis Borjas Flores. Sin embargo, deja a discrecionalidad de la entidad la continuidad del contrato suscrito.

Que, se aprecia de los actuados que el problema en controversia es determinar si la empresa ALBONA E.I.R.L. se encontraría inmersa dentro de los impedimentos para contratar con el estado descrito en los incisos o) y q) del Art. 11.1° del TUO de la Ley de Contrataciones del estado en razón de que el Jefe de Supervisión propuesto, Ing. José Luis Pablo Cesar Borjas Flores se encontraría con una inhabilitación permanente impuesta por la Contraloría General de la Republica para contratar con el estado y, además, porque ALBONA E.I.R.L. sería una continuación de esta persona impedida o inhabilitada; pese a ello, la representante de ALBONA E.I.R.L. declaró en su Anexo N° 02 de los documentos para firma de contrato de la supervisión que no tendría impedimento alguno para contratar con el estado, lo cual, significaría una contravención al Principio de Presunción de Veracidad, así como, un incumplimiento la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 053-2019-GA-MPI, la cual indica las causales para Resolución de Contrato, dentro de ellas el inc. 1 dice *"el incumplimiento de las cláusulas del presente contrato por el contratista"* y, precisamente, la Cláusula Novena del citado Contrato N° 055-2019-GA-MPI dice: *"EL CONTRATISTA declara que no se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado, cuenta con RNP de Servicios vigente y que no tiene impedimento ni limitación legal alguna para celebrar el presente contrato"*.

Que, respecto al descargo presentado por la empresa ALBONA E.I.R.L se puede identificar como hechos que no están en cuestionamiento y que están claros para la entidad y el contratista, los siguientes:

- ✓ Que, el Sr. José Luis Pablo Cesar Borjas Flores, no se encuentra impedido de contratar con el estado por parte del OSCE, lo cual es cierto.
- ✓ Que, el Sr. José Luis Pablo Cesar Borjas Flores, se encuentra inhabilitado por la Contraloría General de la Republica, lo cual es cierto.
- ✓ Que, la empresa ALBONA E.I.R.L. tampoco se encuentra impedida de contratar con el estado por parte del OSCE, lo cual es cierto.
- ✓ Efectivamente, el citado profesional fue representante de la empresa ALBONA E.I.R.L hasta el 31 de julio de 2019. Respecto a los puntos que si están en controversia:

Que, la empresa contratista indica que el Contrato N° 055-2019-GA-MPI es el resultado de un contrato menor a 8 UIT, en ese sentido proporciona la Opinión N° 074-201/DTN sobre supuesto excluido del ámbito de aplicación. Al respecto, debemos tener en claro que, si bien nos encontramos ante un contrato menor a 8 UIT, no es menos cierto que el inc. a) del Art. 05° del TUO de la Ley de Contrataciones de Estado indica que: ***"Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley:***

a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco.

Que, como se aprecia, si bien es un supuesto excluido de la ley de contrataciones del estado, ello no significa PER SE que la contratación no estará supervisado por OSCE ya que del propio tenor del Art. 5.1° indica lo contrario (que si estarán supervisadas por OSCE) y, además, que la contratación debe realizarse en el marco de los principios que regulan la contratación pública, ello sin perjuicio del deber de cada Entidad de asegurarse que no se esté eludiendo indebidamente la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado ni transgrediendo disposiciones contenidas en ella; mayor aun cuando, la presente controversia versa sobre los impedimentos para contratar con el estado en los que habría incurrido la empresa ALBONA E.I.R.L. y son precisamente estos impedimentos los que también ***SON DE APLICACIÓN EN LAS CONTRATACIONES MENORES A 8 UIT*** conforme lo indica el art. 11.1° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado; en ese sentido, lo manifestado por la contratista ***ES CORRECTO PARCIALMENTE*** pues si bien es un supuesto excluido de





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



ley de contrataciones del estado, en lo que respecta a los impedimentos para contratar con el estado descritos en el art. 11.1° del TUO de la LCE si son aplicables a este tipo de contrataciones menores a 8 UIT.

Que, respecto al argumento de que el Sr. José Luis Paulo Cesar Borjas Flores, se encuentra inhabilitado para ejercer "función pública" mas no para laborar para un privado, en este caso, para la empresa ALBONA E.I.; R.L.; al respecto debemos indicar que en autos obra copia de la Constancia de Inhabilitación del citado profesional emitida por el Registrado Nacional de Sanciones Contra Servidores Civiles que administra la Contraloría General de la Republica con una plazo de vigencia desde el 09/02/2018 hasta el 09/02/2023 impuesta por dicha institución mediante Resolución N° 0001-770-2018-CG/SAN, con lo cual se acredita fehacientemente su condición de inhabilitado. Bajo esa premisa, es necesario remitirnos al inc. q) del Art. 11.1° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado el cual a la letra dice:

Artículo 11. Impedimento

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**, las siguientes personas:

...
q) En todo proceso de contratación, las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI), sea en nombre propio o a través de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa. **Asimismo**, las personas inscritas en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional y en el **Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, por el tiempo que establezca la ley de la materia**; así como en todos los otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado

Que, como se aprecia del propio tenor de la cita legal reproducida, es precisamente este inciso del TUO de la Ley que regula el impedimento para contratar con el estado en materia de contrataciones públicas (además de la "función pública" que lo refiere la contratista) de aquellas personas que hayan sido inscritas en el REGISTRO NACIONAL DE SANCCIONES DE DESTITUCIÓN Y DESPIDO el cual es una plataforma electrónica del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (administrado por SERVIR) en la que se inscribe la información de las sanciones administrativas disciplinarias y funcionales impuestas contra los servidores civiles y ex servidores civiles, así como las sanciones penales que inhabilitan para el ejercicio de la función pública, el cual se publicita a través del Módulo de Consulta Ciudadana, de tal forma que se pueda informar de manera rápida y sencilla si una persona se encuentra impedida de prestar servicios en el Estado. Se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1295. Cabe indicar que el actual "Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles - RNSSC" antes se denominada "Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido - RNSDD", denominación que fue modificada mediante artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1295 que modifica el Artículo 242 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y Establece Disposiciones para Garantizar la Integridad en la Administración Pública publicada en el diario oficial El Peruano en fecha 15 de diciembre de 2017. En ese sentido, se puede concluir válidamente que al haber sido registrado en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles - RNSSC automáticamente impide al Ing. José Luis Paulo Cesar Borjas Flores contratar con cualquier entidad del estado en materia de contrataciones públicas reguladas bajo la Ley N° 30225 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, incluso en las contrataciones menores a 8 UIT como lo indica el Art. 11.1° del TUO de la Ley. En consecuencia, el argumento del contratista referido a que el Sr. José Luis Paulo Cesar Borjas Flores, se encuentra inhabilitado para ejercer "función pública" mas no para laborar para un privado, es cierto, ya que el citado profesional se encuentra inhabilitado (por ende impedido para contratar con el estado) como persona natural siendo libre de ser contratado por una persona jurídica privada como es del caso de autos.

Que, sin embargo, la normativa de contrataciones también ha regulado este supuesto de hecho, entiéndase como "supuesto de hecho" a aquella situación en donde una persona inhabilitada (por tanto impedida para contratar con el estado) utilice mediante argucias legales a otra persona (jurídica o natural) no inhabilitada para eludir este impedimento y seguir contratando con el estado, como es en el presente caso. Para entender ello, es necesario remitirnos al inc. o) del Art. 11.1° del TUO de la LEC que a la letra dice:

Artículo 11. Impedimento

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**, las siguientes personas:





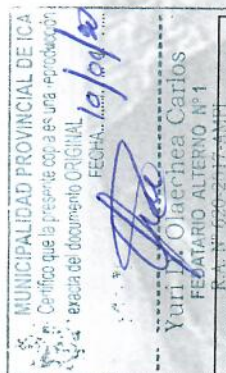
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



o) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión, o testafarro, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.

Que, este impedimento ha sido ampliamente desarrollado en diversas opiniones emitidas por el OSCE las cuales se reproducen a continuación:

OPINIÓN N° 101-2018/DTN



2.1.2...

Del dispositivo citado, se desprende que el impedimento previsto en el literal o) del artículo 11.1° del TUO de la Ley se configura en alguno de los siguientes supuestos:

- Quando un impedido o inhabilitado busca eludir su condición de tal usando a una persona natural o jurídica que es continuación, derivación, sucesión o testafarro. Para ello se entiende que dicha continuación, derivación, sucesión o calidad de testafarro se da por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable.
- Quando un impedido o inhabilitado busca eludir su condición de tal usando a una persona natural o jurídica sobre la cual tiene control efectivo. Para ello se entiende que dicho control efectivo se da independientemente de la forma jurídica empleada, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.

De esta manera, una persona natural o jurídica se encuentra impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista cuando sea usada por un proveedor impedido o inhabilitado para eludir su condición de tal; lo cual ocurre cuando este último se perpetúa en aquel o tiene su control —en los términos señalados en esta opinión—, independientemente de la forma jurídica empleada.

Asimismo, resulta pertinente acudir al método de interpretación denominado *ratio legis*, en virtud del cual «el “qué quiere decir” de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto». Así, del texto normativo se logra entender que el impedimento bajo análisis busca evitar que aquellas personas que hayan sido sancionadas con la inhabilitación o que se encuentren impedidas por encontrarse inmersas en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 11 de la Ley, puedan evadir su condición valiéndose de maniobras jurídicas.

En concordancia con lo antes señalado, resulta pertinente anotar que la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1341 —Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225— señala sobre el impedimento en mención, lo siguiente: “Con esta disposición se busca comprender dentro del alcance del impedimento aquellas personas por intermedio de las cuales una persona impedida o inhabilitada, valiéndose de un ropaje o formalidad jurídica, busque evadir los alcances y las consecuencias de su impedimento.” (El resaltado es agregado).

Conforme a lo anterior, el impedimento en mención tiene como objeto evitar que un proveedor impedido o inhabilitado pueda evadir dicha situación a través de otro proveedor que constituye su **DERIVACIÓN o RESPECTO DEL CUAL POSEE UN CONTROL EFECTIVO, SITUACIÓN QUE PUEDE MATERIALIZARSE INDEPENDIENTEMENTE DEL CARGO, NIVEL DE REPRESENTACIÓN O POSICIÓN QUE AQUEL PROVEEDOR O UNO DE SUS INTEGRANTES POSEA O HAYA POSEÍDO RESPECTO DE LA PERSONA** —en este caso, hablamos de una persona jurídica— sobre la cual se analiza la configuración del impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley.

Asimismo, es preciso señalar que corresponde a cada Entidad analizar si el hecho de haber formado parte de una persona jurídica inhabilitada es suficiente para que se configure el impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley, teniendo en cuenta los fundamentos previstos en la presente opinión.





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



Que, como se aprecia de la citada Opinión del OSCE, el objetivo de este impedimento, lo cual es concordante con la **RATIO LEGIS**, es que un proveedor impedido o inhabilitado pueda evadir dicha situación a través de otro proveedor que constituye su derivación o respecto del cual posee un control efectivo, situación que puede materializarse independientemente del cargo, nivel de representación o posición que aquel proveedor o uno de sus integrantes posea o haya poseído respecto de la persona sobre la cual se analiza la configuración del impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley. Asimismo, puede advertirse que el hecho de que una persona ya no represente, constituya o participe del accionariado de otra, no implica –necesariamente y por ese solo hecho– que esta última deje de encontrarse incurso en el impedimento bajo análisis, ya que este prevé distintos tipos de situaciones o modalidades bajo las cuales puede configurarse; por tanto, deberá realizarse una evaluación conjunta y razonada de todos los elementos propios de cada caso, a efectos de determinar si se presenta alguno de los supuestos contemplados literal o) del artículo 11 de la Ley.

Que, de lo hasta aquí expuesto, se puede deducir válidamente que para que se configure el impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley, debe existir:

- ✓ **UNA PERSONA IMPEDIDA O INHABILITADA QUE INTENTA ELUDIR DICHA CONDICIÓN VALIÉNDOSE DE OTRA;** en el caso bajo análisis está acreditado en autos que el Ing. José Luis Paulo Cesar Borjas Flores es la persona inhabilitada (conforme ya se ha expuesto en los considerandos precedentes) y por ende impedida de contratar con el estado y, la otra persona (puede ser natural o jurídica) utilizada es la empresa **ALBONA E.I.R.L.**
- ✓ **OTRA PERSONA NATURAL O JURÍDICA A TRAVÉS DE LAS CUALES, POR RAZÓN DE LAS PERSONAS QUE LAS REPRESENTAN, LAS CONSTITUYEN O PARTICIPAN EN SU ACCIONARIADO;** en el caso de autos obra como parte de los documentos para firma de contrato que presentó el contratista la Copia de Vigencia de Poder emitida por los Registros Públicos de Ica con fecha 02/09/2019 en la cual se aprecia que en el Asiento N° D0001 de la Partida Electrónica N° 11076716 se publica el cargo de Gerente de la empresa **ALBONA E.I.R.L.** para **ELISA MERCEDES NAVARRETE ANICAMA** identificada con DNI N° 21553163 quien adquirió dicho cargo mediante Acta extendida el 31/07/2019. Habiendo obtenido de oficio la Copia Literal de la citada Partida Electrónica N° 11076716 se puede apreciar que en el Literal "CONSTITUCION" (Pagina 01 de 06) se indica

*"Por Escritura Pública N° 2015 otorgada el 26/06/2013 ante el Notario de Ica Dr. Cesar E. Sanchez Baiocchi, don **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES** identificado con DNI N° 07634045, **CASADO CON DOÑA ELISA MERCEDES NAVARRETE ANICAMA** bajo el régimen de separación de patrimonios registrado en la Partida N° 11075777 del Registro Personal de Ica ha **CONSTITUIDO** una empresa individual de responsabilidad limitada en los términos siguientes..."*

Asimismo, en la **DISPOSICIÓN FINAL** de la citada Copia Literal (Pagina 05 de 06) se indica:

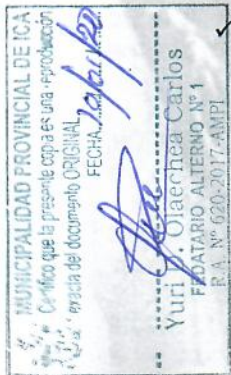
*"Queda nombrado **GERENTE** don **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES** para lo cual gozara de todas las facultades otorgadas por el D.L. N° 21621 y por el presente instrumento, quien en ejercicio de sus funciones será el Gerente. Asimismo, en su calidad de Titular Don **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES**, a su sola firma podrá contratar en nombre de la empresa que se **CONSTITUYE** por el presente instrumento siendo su representantes ante toda clase de autoridades..."*

"Así consta del Parte Notarial de la Escritura Publica expedida con fecha 30/07/2013. El título fue presentado el 31/07/2013 a las 10:59:14 AM horas bajo el título n° 2013-00016440 del Tomo Diario 0094".

Por último, en el Asiento A0001 de la citada Copia Literal (Pagina 06 de 06) obra anotada la Transferencia de Titular, Remoción y Nombramiento de Gerente, a través de la cual:

*"La Sra. **ELISA MERCEDES NAVARRETE ANICAMA** (DNI N° 21553163), casada (bajo el régimen de separación de patrimonios inscrito en la Partida N° 11075777 del registro Personal de Ica), ha adquirido la titularidad de la empresa del rubro, en virtud de la venta realizada a su favor por el anterior titular, Don **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES**, por el precio de S/ 2,000.00 soles, cancelado".*

Que, como se aprecia de los documentos antes citados se ha acreditado que el Sr. **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES** **CONSTITUYO** la empresa **ALBONA E.I.R.L** por Escritura Pública N° 2015 otorgada el 26/06/2013 ante el Notario de Ica Dr. Cesar E. Sanchez Baiocchi, asimismo, la Sra. **ELISA MERCEDES NAVARRETE ANICAMA** (actual Gerente de la cita empresa) participo de dicha constitución en su condición de **ESPOSA** (casada bajo el régimen de Separación de Patrimonios). Cabe indicar que el régimen de Separación de Patrimonios es un **REGIMEN PATRIOMONIAL** de la Institución





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA

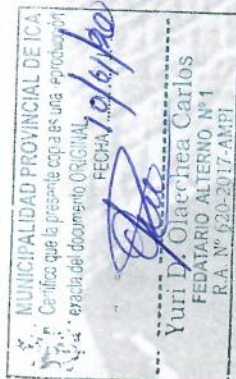


indica del Matrimonio (el otro régimen es el de Sociedad Gananciales – Art. 301°), regulado en el Art. 327° del Código Civil el cual indica que:

"En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes".

En ese sentido, el hecho de que el Sr. **LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES y ELISA MERCEDES NAVARRETE ANICAMA** mantengan el Régimen de Separación de Patrimonios, **NO SIGNIFICA QUE DEJEN DE SER ESPOSOS**, ya que este régimen solo está creado para normar el "régimen patrimonial" del matrimonio en donde cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros. Incluso, esta condición de esposos se mantendría hasta la fecha, ya que del Asiento A0001 de la citada Copia Literal (Pagina 06 de 06) obra anotada la Transferencia de Titular, Remoción y Nombramiento de Gerente, la cual se realizó recientemente por Acta Extendida el **31/07/2019** elevada a Escritura Publica N° 1257 extendida el 03/08/2019 por ante la Notaria de Ica de Domingo Adolfo Pariamachi Alvarado.

Como ha quedado acreditado, lo real y concreto es que el Sr. **LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES** constituyó la empresa **ALBONA E.I.R.L.** y, además, la citada persona aún sigue siendo esposo de la Sra. **ELISA MERCEDES NAVARRETE ANICAMA** actual Gerente de la empresa **ALBONA E.I.R.L.** lo cual lleva a concluir su aun vinculación.



✓ **O CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA COMPROBABLE SE DETERMINE QUE SON CONTINUACIÓN, DERIVACIÓN, SUCESIÓN, O TESTAFERRO, DE OTRA PERSONA IMPEDIDA O INHABILITADA;** Conforme a los descrito en el numeral precedente y acreditada la vinculación de ambas personas al estar legalmente casados, de los documentos para firma de contrato se aprecia que la empresa **ALBONA E.I.R.L.** presentó, para acreditar la experiencia del postor según Términos de Referencia, un Contrato de Servicios para la Supervisión del proyecto: "MEJORAMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE EXHIBICIÓN Y EXPOSICIÓN CULTURAL DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHINCHA, PROVINCIA DE CHINCHA – ICA" suscrito con fecha 13/02/2018 entre la Municipalidad Provincial de Chincha y la empresa **ALBONA E.I.R.L.** representada, en ese entonces, por el **SR. JOSÉ LUIS PAULO CESAR BORJAS FLORES** identificado con DNI N° 07634045 y, actualmente, la Sra. **ELISA MERCEDES NAVARRETE ANICAMA** (DNI N° 21553163), ha adquirido la titularidad de la empresa **ALBONA E.I.R.L.**, en virtud de la venta realizada a su favor por el anterior titular, Don **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES**, según se aprecia del Asiento A0001 de la citada Copia Literal N° 11076716 de lo cual se puede desprender que la empresa **ALBONA E.I.R.L.** resultaría ser una **CONTINUACIÓN y/o DERIVACIÓN**; de otra persona impedida o inhabilitada, peor aun cuando, el citado contrato para acreditar la experiencia del postor, fue suscrito por el Ing. José Luis Paulo Cesar Borjas Flores ya cuando está inhabilitado por contraloría; A ello hay que sumarle que según las fichas RENIEC a las que tiene acceso la Municipalidad Provincial de Ica se ha podido corroborar que el domicilio legal de **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES y ELISA MERCEDES NAVARRETE ANICAMA** está ubicado en la Urb. Santa Rosa del Palmar Mz. D lote 28, Distrito, Provincia y Departamento de Ica también el domicilio declarado ante SUNAT para la empresa **ALBONA E.I.R.L.** es el ubicado en Urb. Santa Rosa del Palmar Mz. D lote 28, Distrito, Provincia y Departamento de Ica según se aprecia de la consulta RUC que obra en autos; todo ello, lleva a concluir a este despacho que la citada empresa **ALBONA E.I.R.L.** viene a ser una **CONTINUACIÓN Y/O DERIVACIÓN** de la persona inhabilitada de **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES**.

✓ **O QUE DE ALGUNA MANERA ESTA POSEE SU CONTROL EFECTIVO, INDEPENDIENTEMENTE DE LA FORMA JURÍDICA EMPLEADA PARA ELUDIR DICHA RESTRICCIÓN, TALES COMO FUSIÓN, ESCISIÓN, REORGANIZACIÓN, TRANSFORMACIÓN O SIMILARES;** sobre este extremo, **ESTE DESPACHO CONSIDERA QUE EL SR. JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES SI POSEE UN CONTROL EFECTIVO EN LAS DECISIONES DE LA EMPRESA ALBONA E.I.R.L.** debido a que, en primer lugar, porque el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin por la entidad y, en el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra (Art. 186.1° del RLCE), como es en el caso de autos en donde la empresa **ALBONA E.I.R.L.** propuesto como Jefe de Supervisión al Ing. **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES** y como tal es el representante de la entidad en la obra, en segundo lugar, conforme al Art. 187.1° del RLCE, la Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, quien debe estar de forma permanente en la obra ya que es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra, debiendo





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



absolver las consultas que formule el contratista según lo previsto en los artículos siguientes. A ello hay que sumarle, que en su condición de Jefe de Supervisión es responsable de dar el visto bueno de las valoraciones, solicitudes de ampliaciones plazo, adicionales, deductivos, absolver consultas u ocurrencias, entre otras actividades que necesariamente condicionan la conducta de la empresa ALBONA E.I.R.L. en la toma de decisiones durante la ejecución de la obra.

Este requisito del "Control Efectivo" ha sido ampliamente detallado en la **OPINIÓN N° 187-2019/DTN** en donde el la Dirección Técnico Normativa del OSCE dice lo siguiente:

2.2...

Sobre el particular, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha definido de manera expresa que debe entenderse por "control efectivo" en los términos del literal o) del artículo 11 de la Ley; sin embargo, ello no implica que dicho término no pueda ser dotado de contenido.

Así, cabe precisar que de acuerdo a lo señalado por la Real Academia de la Lengua Española, por "control" puede entenderse a la capacidad de dominio, mando, preponderancia"; por su parte, el término "efectivo" es definido como lo "real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal". (El subrayado es agregado).

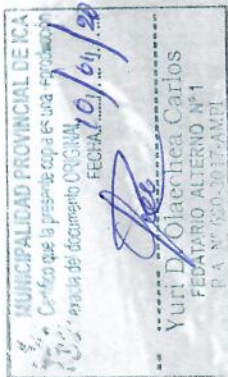
Adicionalmente, el Anexo de Definiciones del Reglamento realiza una definición de "Control" vinculada a la regulación sobre grupo económico, en los siguientes términos: "Es la capacidad de dirigir o de determinar las decisiones del directorio, la junta de accionistas o socios, u otros órganos de decisión de una persona jurídica." (El subrayado es agregado).

*Como puede advertirse, la definición de "control" prevista tanto en el Diccionario de Real Academia de la Lengua Española como en el Reglamento guardan coherencia entre sí, ya que ambas implican un dominio o capacidad de dirigir o **determinar las decisiones de otra persona**; a su vez, el término "efectivo" evidencia una situación real y verdadera, es decir que se presente en los hechos.*

De acuerdo a dichas premisas, el "control efectivo" al que refiere el literal o) del artículo 11 de la Ley puede entenderse como la capacidad de dominio real que tiene una persona impedida o inhabilitada sobre otra, lo cual implica que –en los hechos– pueda dirigir o determinar las decisiones de esta última.

Por tanto, corresponde realizar una evaluación de las circunstancias particulares de cada caso, a efectos de determinar la existencia de un "control efectivo" conforme a lo señalado previamente en esta opinión.

Finalmente, cabe reiterar que conforme a lo mencionado en la Opinión N° 101-2018/DTN, el impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley tiene como objeto evitar que un proveedor impedido o inhabilitado pueda evadir dicha situación a través de otro proveedor que constituye su derivación o respecto del cual posee un control efectivo, situación que puede materializarse independientemente del cargo, nivel de representación o posición que aquel proveedor o uno de sus integrantes posea o haya poseído respecto de la persona sobre la cual se analiza la configuración de dicho impedimento.



Que, como se aprecia de la citada OPINION el "Control Efectivo" al que refiere el literal o) del artículo 11 de la Ley puede entenderse como **LA CAPACIDAD DE DOMINIO REAL QUE TIENE UNA PERSONA IMPEDIDA O INHABILITADA SOBRE OTRA, LO CUAL IMPLICA QUE –EN LOS HECHOS– PUEDA DIRIGIR O DETERMINAR LAS DECISIONES DE ESTA ÚLTIMA**, en el caso de autos ha quedado acreditado que el Sr. **JOSÉ LUIS PABLO CESAR BORJAS FLORES** está impedido de contratar con el estado a consecuencia de su inhabilitación impuesta por la Contraloría General de la Republica y, además que, la labor que realiza el Jefe de Supervisión es de vital importancia pues de esta labor depende las decisiones que tome la empresa ALBONA E.I.R.L. durante la ejecución de la obra. Si bien, la contratista, indica que en diversas oportunidades ha solicitado el cambio del supervisor, pero la entidad no le ha dado respuesta, lo que origina que su pedido haya sido aceptado por silencio administrativo, no es menos cierto también que el impedimento se ha configurado al momento





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



suscribir el contrato, es decir, el 10/10/2019, por tanto, aun cuando la entidad haya dado respuesta oportuna sobre el cambio del supervisor el vicio se ha originado desde la suscripción del contrato (que incorpora la Cláusula Novena la cual se imputa como incumplida por el contratista), por tanto, en nada infiere el hecho de no haber dado respuesta al pedido de cambio del supervisor en lo que respecta a la configuración de la causal de resolución de contrato.

Que, respecto al argumento del contratista referido a que existente diferencias entre las causales para resolver el contrato y las causales para declarar la nulidad del contrato, dado que la resolución está estrictamente ligado al incumplimiento de las obligaciones esenciales de una de las partes, y la nulidad del contrato está ligado a lo señalado en el Art. 44° de la Ley de Contrataciones; este despacho considera que efectivamente existe una diferencia entre la figura de la resolución de contrato regulada en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 055-2019-GA-MPI y en las causales de Nulidad del Contrato regulados en el Art. 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, incluso con las causales de resolución de contrato regulada en el Art. 164° del RLCE; sin embargo, conforme ya se ha advertido en el numeral 03 del presente informe si bien, la presente contratación menor a 8 UIT; es un supuesto excluido de la Ley de contrataciones del estado, en lo que respecta a los impedimentos descritos en el Art. 11.1° del TUE de la LCE, si son aplicables a este tipo de contrataciones menores a 8 UIT, en ese sentido, bajo esa premisa, la primera fuente normativa que debe aplicarse al caso de autos para la Resolución de Contrato son las causales y procedimientos previstos por las partes en el Contrato N° 055-2019-GA-MPI y, en lo que respecta a los impedimentos, se aplicara el art. 11.1° del TUE de la LCE, siendo que, la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento se aplicara de manera supletoria ante los vacíos que el citado Contrato N° 055-2019-GA-MPI pudiera tener, mayor aun cuando, en la Cláusula Décimo Quinta se establece el Marco Legal del Contrato siendo estas las siguientes normas:

- Ley N° 30879 – Ley de Presupuesto del sector Público para el año 2019.
- TUE de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimientos Administrativos General
- Ley N° 30225 – inc. a) del Art. 5° de la Ley de Contrataciones del estado.
- Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades
- Ley N° 28411- Ley General del sistema Nacional de Presupuesto.
- Constitución Política del Perú.
- Código Civil.

Que, si nos remitimos a la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 055-2019-GA-MPI verificaremos que regula las causales de resolución de contrato, dentro de ellas, el inc. 1) está referido a **"EL Incumplimiento de la Clausulas del presente contrato por el CONTRATISTA"**, y precisamente la Cláusula que se le ha imputado haber incumplido el contratista es la Cláusula Novena que a la letra dice: **"EL CONTRATISTA declara que no se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado, cuenta con RNP de Servicios vigente y que no tiene impedimento ni limitación legal alguna para celebrar el presente contrato"**, cuando lo real y concreto es que si tenía impedimento para contratar con el estado conforme se ha explicado ampliamente en los numerales anteriores y por las causales señaladas en el numeral O y Q del art 11.1° del Texto Único de la Ley de Contrataciones del Estado; siendo así, está acreditado en autos de manera fehaciente la empresa ALBONA E.I.R.L ha incumplido a la Cláusula Novena del Contrato N° 055-2019-GA-MPI siendo causal suficiente para la resolución del mismo, no habiéndose desvirtuado con su descargo las imputaciones impuestas.

Que, mediante Informe Legal N° 05-2019-GAJ-MPI, el Gerente de Asesoría Jurídica, concluye: 1) Que, se debe **RESOLVER** el contrato N° 055-2019-GA-MPI suscrito entre la Municipalidad Provincial de Ica y la empresa ALBONA E.I.R.L., para la Supervisión de la Obra: **"Mejoramiento del Parque Miguel Grau en la Urbanización San Isidro, distrito de Ica – Ica"**, por haberse configurado la causal descrita en el inc. 1) de la Cláusula Décimo Tercera del citado contrato, específicamente por, haber incumplido la Cláusula Novena del citado contrato que estaba referida a **"EL CONTRATISTA declara que no se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado, cuenta con RNP de Servicios vigente y que no tiene impedimento ni limitación legal alguna para celebrar el presente contrato"**, cuando lo real y concreto es que si tenía impedimento para contratar con el estado conforme se ha explicado ampliamente en los numerales anteriores y por las causales señaladas en el numeral O y Q del art 11.1° del Texto Único de la Ley de Contrataciones del Estado; 2) Que, en cumplimiento del Art. 11.2° del TUE de la LCE, se sugiere COMUNICAR al Tribunal de Contrataciones del OSCE la Nulidad del Contrato que se dispone a fin de que inicie el procedimiento Administrativo Sancionador correspondiente y 3) Que, en vista de que obra publicado en el SEACE, el Contrato de Obra N° 007-2019-GM-MPI suscrito el 25/11/2019 para la Ejecución de la Obra: **"Mejoramiento del Parque Miguel Grau en la Urbanización San Isidro, distrito de Ica – Ica"** y dado que la resolución del contrato aún tiene plazo para quedar consentida, se SUGIERE que la entidad designe un **INSPECTOR DE OBRA** a fin de que continúe su ejecución.

Que, con los vistos correspondientes y en marco a lo establecido en el numeral 07 del Artículo Segundo de la Resolución de Alcaldía N° 407-2019-AMPI, de fecha 26 de junio del 2019, Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225 y el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF;





MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Resolver el contrato N° 055-2019-GA-MPI suscrito entre la Municipalidad Provincial de Ica y la empresa ALBONA E.I.R.L., para la Supervisión de la Obra: "Mejoramiento del Parque Miguel Grau en la Urbanización San Isidro, distrito de Ica - Ica", por haberse configurado la causal descrita en el inc. 1) de la Cláusula Décimo Tercera del citado contrato. De acuerdo a los considerandos esgrimidos en la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Comunicar al Tribunal de Contrataciones del OSCE la Nulidad del Contrato que se dispone a fin de que inicie el procedimiento Administrativo Sancionador correspondiente.

ARTÍCULO TERCERO.- Encargar a la Secretaría de Administración de la Municipalidad Provincial de Ica, notificar la presente resolución con las formalidades de ley a quienes corresponda.

Regístrese, comuníquese, cúmplase y archívese.

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA
GERENCIA DE ADMINISTRACIÓN
[Firma]
CPC. Nieves Esdras Coronado Benites
GERENTE

