

OPINIÓN N° 080-2019/DTN

Entidad: Conalvias Construcciones S.A.S Sucursal Perú

Asunto: Acreditación de experiencia derivada de una transformación societaria, en el marco de un procedimiento de selección

Referencia: a) CON-COMERCIAL-005-19
b) CON-COMERCIAL-007-19

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante legal de Conalvias Construcciones S.A.C formula consultas sobre la acreditación de experiencia derivada de una transformación societaria, en el marco de un procedimiento de selección.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se revisaron las cuatro (4) consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE “*Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la normativa de contrataciones del Estado*”. Así, al determinarse que el asunto de la solicitud consiste en la “*acreditación de experiencia derivada de una transformación societaria, en el marco de un procedimiento de selección*”, se pudo advertir que la tercera consulta no estaba vinculada con las demás, toda vez que esta se encontraba referida a la procedencia de una “ *fusión por absorción y/o escisión de un Contratista del Estado, en plena ejecución contractual, cuando el Contratista es el absorbido y formaba parte de un Consorcio, y si era posible la cesión de posición contractual bajo este supuesto*”. Por tanto, al incumplirse el requisito establecido en el literal b) del numeral 1) de dicho procedimiento, la referida consulta **no** podrá ser absuelta mediante la presente Opinión.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “Una persona jurídica de nacionalidad peruana, la misma que es producto de la transformación de una Sucursal en Perú de una empresa extranjera, según las formalidades del artículo 395° de la Ley General de Sociedades, ¿Podrá acreditar su experiencia como postor, mediante aquellos contratos de obra y servicios celebrados por la Sucursal en Perú de dicha empresa extranjera y, por tanto, el Comité Especial no podrá desconocer la transferencia de la experiencia adquirida derivada de dicho proceso?”.

2.1.1. De manera previa, debe reiterarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos y vinculadas entre sí; en esa medida, este despacho no puede determinar si ante supuesto específico un Comité de Selección puede, o no, “desconocer la transferencia de la experiencia adquirida” como consecuencia de una transformación societaria, toda vez que ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se efectuarán alcances de carácter general en el marco de la normativa de contratación pública.

2.1.2. Al respecto, es importante señalar que dicha normativa establece que toda persona, natural o jurídica, puede participar en las contrataciones del Estado², en virtud del Principio de Libertad de concurrencia, que promueve el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen las Entidades³.

Así, tomando en cuenta la importante participación de personas jurídicas como proveedores del Estado, debe anotarse que la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, contempla las disposiciones que regulan a las sociedades, desde su creación hasta su extinción. En ese contexto, en la Sección Segunda de su Libro IV, dicha Ley regula las formas de reorganización que permiten a las sociedades adecuar las dimensiones y estructura de sus negocios a las circunstancias fácticas que se suscitan durante su existencia.

Ahora bien, entre las formas de reorganización que regula la Ley N° 26887, se encuentra la figura de “transformación”:

“Artículo 333.- Casos de transformación

Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú.

Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley.

La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica.” (El

² Salvo que se configure algún impedimento previsto en el artículo 11 de la Ley.

³ Tal como se indica en el literal a) del artículo 2 de la Ley.

subrayado es agregado).

Como se desprende de la norma citada, las sociedades reguladas por la Ley N° 26887 pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica constituida bajo el ordenamiento jurídico peruano; lo que no implica cambio alguno en la personalidad jurídica de la sociedad transformada.

En ese sentido, se advierte que la sociedad transformada conserva todos los atributos de la sociedad previa, entre ellos, su experiencia.

Por consiguiente, cuando una sociedad regulada por la Ley N° 26887 se transforma en alguna otra forma de sociedad regulada por esta, dicho cambio no afecta la experiencia que adquirió de forma previa a tal transformación, por lo que puede utilizarla para participar en los procesos de selección que las Entidades convocan en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.3. Precisado lo anterior, resulta pertinente indicar que el artículo 395 de la Ley N° 26887 establece un supuesto especial de transformación: la transformación de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero para convertirse en alguna de las sociedades reguladas en esta ley. Al respecto, dicho artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 395.- Reorganización de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero

La sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero puede reorganizarse; así como ser transformada para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias reguladas por esta ley, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello y formalizando su inscripción en el Registro. (El énfasis es agregado).

Sobre el particular, debe indicarse que conforme al artículo 396 de la Ley N° 26887⁴, las sucursales de personas jurídicas constituidas en el extranjero **carecen de personería jurídica independiente de la sociedad principal**; es decir, que la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero es parte de esta. Por tanto, cuando la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero participa en procesos de contratación, aquella puede utilizar la experiencia de la sociedad principal.

No obstante, cuando la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero se transforma para convertirse en alguna de las sociedades reguladas por la Ley N° 26887, esta se convierte en una sociedad bajo el ordenamiento jurídico peruano, **independiente de la sociedad principal**.

En consecuencia, a partir de la transformación de la sucursal de una sociedad

⁴ ***“Artículo 396.- Concepto***

Es sucursal todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal. Está dotada de representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes. (El subrayado es agregado).

constituida en el extranjero en una sociedad regulada por la Ley N° 26887, **la nueva sociedad** no puede utilizar la experiencia de la sociedad principal para participar en los procesos de contratación que convocan las Entidades, sino que **únicamente podrá utilizar la experiencia que obtuvo producto de sus operaciones como sucursal de la sociedad principal.**

2.1.4. Por lo expuesto, y en concordancia con el criterio contemplado en la Opinión N° 111-2011/DTN, en el marco de los procedimientos de selección que regula la normativa de contrataciones del Estado, cuando la sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero se transforma en alguna de las sociedades reguladas por la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades, esta última podría utilizar la experiencia derivada de las operaciones que realizó como sucursal.

2.2. *“En caso la sociedad peruana, producto de la transformación de una Sucursal en Perú de una empresa extranjera, pueda acreditar la experiencia adquirida por la Sucursal, mediante aquellos contratos de obras y servicios que fueron celebrados en su oportunidad por la Sucursal, y posterior a ello, se produzca una fusión por absorción ¿Esta experiencia que fue adquirida en su momento por la Sucursal y que posteriormente fue transferida a la sociedad peruana producto de la transformación, podrá ser transferida al absorbente y, como consecuencia de ello, el absorbente podrá acreditar la experiencia transferida como suya en procesos de selección y, por tanto, el Comité Especial no podrá desconocer la transferencia de la experiencia adquirida derivada de dicho proceso,? (Sic).*

2.2.1. De conformidad con lo señalado precedentemente, cabe reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos y vinculadas entre sí; en esa medida, este despacho **no** puede determinar si, ante supuesto específico, un Comité de Selección puede, o no, “desconocer la transferencia de la experiencia adquirida” como consecuencia de una transformación societaria, toda vez que ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de ello, a continuación se brindarán alcances de carácter general relacionados con el tenor de la consulta planteada, con el fin de abordarla en su aspecto relacionado con la contratación pública que desarrolla la Ley.

2.2.2. Tal como se indicó al absolver la primera consulta, en el marco de los procedimientos de selección que regula la normativa de contrataciones del Estado, cuando la sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero se transforma en alguna de las sociedades reguladas por la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades, esta última puede utilizar la experiencia derivada de las operaciones que realizó como sucursal.

Ahora bien, es importante señalar que el ordenamiento societario admite que dos o más personas jurídicas puedan convenir procesos de reorganización empresarial con el objetivo de obtener sociedades consolidadas, a efectos de afrontar los retos del mercado.

De esta manera, en los procesos de expansión comercial que realizan las sociedades, estas se encuentran habilitadas a emplear la figura de “*fusión*”, como instrumento que refleja un proceso de concentración patrimonial de naturaleza eminentemente económica.

Sobre este punto, el artículo 344 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, establece que por la fusión, dos (2) o más sociedades se reúnen para formar una sola. Para estos efectos, se puede emplear alguna de las siguientes modalidades:

- a) Cuando estas sociedades se agrupan para formar una nueva, denominada sociedad “incorporante”, dicha modalidad se conoce como ***fusión por incorporación***.
- b) Cuando una sociedad, denominada sociedad “absorbente”, asume a una o más sociedades existentes, dicha modalidad se conoce como ***fusión por absorción***.

Atendiendo a las características normativas de dicho mecanismo societario⁵, la fusión empresarial genera las siguientes consecuencias jurídicas:

- Si se trata de una fusión por incorporación: las sociedades incorporadas se extinguen y los patrimonios de estas últimas se transmiten en bloque y a título universal a favor de la nueva sociedad “incorporante”.
- Si se trata de una fusión por absorción: las sociedades absorbidas se extinguen y los patrimonios de estas últimas se transmiten en bloque y a título universal a favor de la sociedad absorbente.

En consecuencia, se establece que el efecto práctico de la fusión, con independencia de la modalidad adoptada, es la unificación de patrimonios de dos (2) o más sociedades existentes y la extinción de alguna o todas las sociedades involucradas.

2.2.3. En relación con lo expuesto, GÓMEZ PORRÚA, incidiendo en el aspecto económico de la fusión, señala que como consecuencia de dicha figura:

“(...) se genera una empresa cuyo patrimonio y cuerpo social estará formado por los patrimonios íntegros –activo y pasivo- y por los socios de todas las sociedades

⁵ ELIAS LAROZA precisa que, independientemente de la modalidad de fusión, ésta presenta las siguientes características: «a) La transmisión en bloque y a título universal (in universum ius), de los patrimonios de las personas jurídicas que se extinguen, b) La creación, como resultado de cualquier fusión, de un organismo social que, en su conjunto resultante, es enteramente nuevo, como forma acabada del vínculo entre las sociedades que participan en la fusión. c) La extinción de la personalidad jurídica (y no la disolución sin liquidación), de las sociedades absorbidas o incorporadas. d) La compenetración o agrupación de los socios y de las relaciones jurídicas de todas las sociedades que participan en la fusión, salvo excepciones. e) La variación de la cifra del capital de la sociedad absorbente incorporante, salvo excepciones». ELIAS LAROZA, Enrique. **Derecho Societario Peruano. Ley General de Sociedades del Perú**. Tomo III. Lima: Editorial Normas Legales, 1999. Pág. 699.

intervinientes, convirtiéndose la sociedad resultante en sucesora a título universal de las sociedades que se extinguen.”⁶

En otros términos, la transmisión integral de los patrimonios involucrados en una fusión dará lugar a que la sociedad resultante del proceso de fusión se convierta en la sucesora universal de las sociedades extinguidas y, a partir de ello, en titular de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de aquellas.

Al respecto, es oportuno anotar que, por definición, el patrimonio es el “conjunto de bienes, créditos (activo) y obligaciones o deudas (pasivo) que tiene un sujeto” o, en términos más simples, “es el conjunto de derechos patrimoniales y obligaciones atribuibles a un sujeto”⁷. De esta manera, en un proceso de fusión empresarial, son estos bienes⁸ (corporales o incorporales), créditos y obligaciones, los valorizados y transmitidos a la sociedad resultante de la fusión.

En ese orden de ideas, el patrimonio de una sociedad o empresa puede encontrarse constituido no sólo por activos tangibles (*maquinaria, insumos, dinero, etc.*), sino también por activos intangibles (*marcas, patentes, know how, good will, etc.*) ambos con un valor de mercado determinado o determinable.

Bajo tales consideraciones, la experiencia constituye un atributo fundamental de cualquier empresa que persigue hacer de las contrataciones con el Estado una oportunidad de negocio, convirtiéndose en un intangible con un valor determinado que puede motivar una serie de “asociaciones” temporales, (como consorcios), o permanentes, (como fusiones, entre otras formas de reorganización societaria).

Desde una perspectiva meramente económica, la posibilidad de transferir la titularidad de la experiencia de una sociedad a otra, a través de un proceso de reorganización societaria, como el de fusión por absorción, puede determinar que en la práctica este tipo de operaciones se concrete; ello tomando en consideración que la experiencia es consecuencia de la interacción de recursos humanos, logísticos, de infraestructura y de conocimientos que posee una sociedad, entre otros recursos, los cuales son de interés de otras sociedades.

2.2.4. Así, en el marco de las contrataciones públicas, la “experiencia” adquirida por la empresa como producto de la frecuencia de transacciones realizadas en el objeto social, puede incrementar sus posibilidades de acceso a los contratos con el Estado; tal como ha señalado este Organismo Técnico Especializado en diversas Opiniones previas⁹.

En ese contexto, si una de las consecuencias de la fusión por absorción es la transmisión del patrimonio de la empresa que se extingue a favor de la sociedad absorbente, y la experiencia, -como intangible de valor económico-, forma parte

⁶ GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel. **La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario**. Madrid: La Ley, 1991. Pág. 20.

⁷ TORRES VASQUÉZ, Aníbal. **Derechos Reales, Tomo I**. Editorial Moreno S.A. Lima – Perú, 2006. Pág. 33.

⁸ “El bien, como objeto de derecho real, es toda entidad corporal (material) o incorporea (inmaterial), determinado, susceptible de valor económico, del cual se puede servir el ser humano para la satisfacción de sus múltiples necesidades”. Ídem. Pág. 142.

⁹ Por ejemplo, la Opinión N° 119-2016/DTN, entre otras.

de dicho patrimonio; entonces la experiencia se transmitirá a la sociedad absorbente, como efecto de dicho proceso de fusión empresarial.

Por lo expuesto, tomando en consideración que la fusión por absorción tiene una naturaleza eminentemente económica, y que la experiencia es un elemento que los proveedores pueden acreditar, a efectos de contratar con el Estado; es razonable que, en el marco de un procedimiento de selección y conforme a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado¹⁰, la sociedad absorbente pueda acreditar como suya la experiencia adquirida por la empresa absorbida, en virtud del referido proceso de fusión empresarial.

- 2.3. *“En caso la sociedad peruana, producto de la transformación de una Sucursal en Perú de una empresa extranjera, pase por un proceso de escisión ¿esta podrá transferir como parte del bloque patrimonial, la experiencia adquirida cuando fue Sucursal? ¿y la empresa que recibirá el bloque patrimonial, podrá emplear la experiencia transferida a través de la escisión, a efectos de acreditar su propia experiencia en los futuros procesos de selección en los que participe y, por tanto, el Comité Especial no podrá desconocer la transferencia de la experiencia adquirida derivada de dicho proceso, y en caso, posterior a la escisión, se produzca una fusión por absorción, la experiencia transferida a través de la escisión, podrá ser acreditada por la empresa absorbente y, por tanto, el Comité Especial no podrá desconocer la transferencia de la experiencia derivada de dicho proceso?”.*

- 2.3.1. De manera previa, debe reiterarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, planteadas en términos genéricos y vinculadas entre sí; en esa medida, **este despacho no puede determinar si, ante un supuesto específico, una persona jurídica escindida puede transferir la experiencia que obtuvo cuando fue sucursal, ni tampoco si un Comité de Selección puede, o no, desconocer la experiencia adquirida como consecuencia de un determinado proceso de reorganización societaria; toda vez que ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.**

Sin perjuicio de ello, tal como se indicó al absolver la consulta anterior, tomando en consideración que la fusión por absorción tiene una naturaleza eminentemente económica, y que la experiencia es un elemento que los proveedores pueden acreditar, a efectos de contratar con el Estado; **es razonable que, en el marco de un procedimiento de selección y conforme a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, la sociedad absorbente pueda acreditar como suya la experiencia adquirida por la empresa absorbida, en virtud del referido proceso de fusión empresarial.**

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de los procedimientos de selección que regula la normativa de contrataciones del Estado, cuando la sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero se transforma en alguna de las sociedades

¹⁰ Por ejemplo, debe considerarse lo dispuesto por el numeral 50.12 del artículo 50 de la Ley y por el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento, entre otras normas que resulten aplicables.

reguladas por la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades, esta última podría utilizar la experiencia derivada de las operaciones que realizó como sucursal.

- 3.2. Tomando en consideración que la fusión por absorción tiene una naturaleza eminentemente económica, y que la experiencia es un elemento que los proveedores pueden acreditar, a efectos de contratar con el Estado; es razonable que, en el marco de un procedimiento de selección y conforme a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, la sociedad absorbente pueda acreditar como suya la experiencia adquirida por la empresa absorbida, en virtud del referido proceso de fusión empresarial.

Jesús María, 20 de mayo de 2019

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

LAA/JDS