

OPINIÓN N° 088-2019/DTN

Solicitante: Consorcio Distribuidor de Bienes y Servicios C.B.S. S.R.L.
Asunto: Experiencia obtenida producto de reorganización societaria
Referencia: Comunicación s/n recibida el 25 de abril de 2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General del Consorcio Distribuidor de Bienes y Servicios C.B.S. S.R.L. formula varias consultas sobre los alcances del supuesto previsto en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la primera, segunda y tercera consulta no se encuentran referidas a la interpretación de algún aspecto contenido en la normativa de contrataciones del Estado, sino que manifiestan que la disposición incluida en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado sería ilegal; sobre el particular, esta dependencia no se encuentra en la facultad de señalar la ilegalidad de algún aspecto contenido en la normativa de contrataciones del Estado, motivo por el cual las referidas consultas no serán absueltas. No obstante lo anterior, es preciso mencionar que a través del Principio de Legalidad, toda actuación de la Administración Pública debe enmarcarse dentro de una norma legal autoritativa que la faculte a realizar determinada acción administrativa, pues los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que le está expresamente permitido y atribuido por las normas que regulan su competencia. Asimismo, cualquier cuestionamiento a la legalidad de alguna disposición contenida en una norma cuenta con los mecanismos constitucionales correspondientes.

Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

“¿En el supuesto de proceder esta norma [numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento], debe entenderse que sus efectos son a partir de la entrada en vigencia de la norma de contrataciones, es decir desde el 30 de enero de 2019, no comprendiendo a las reorganizaciones societarias surgidas con anterioridad de la misma y que hayan absorbido a una empresa sancionada administrativamente?” (Sic).

- 2.1. De manera previa, es importante señalar que respecto de **la aplicación de las normas en el tiempo**, la Constitución Política del Perú ha establecido en su artículo 103 lo siguiente: *“La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley”*.

Así también, el artículo 109 de la Carta Magna dispone que *“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”*.

De las disposiciones constitucionales citadas se desprende que en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en nuestro ordenamiento jurídico rige la denominada *teoría de los hechos cumplidos*, esto quiere decir que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, situación que ocurre desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial. Así, **una vez que la norma entra en vigencia, es aplicable a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; salvo** disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

Teniendo en cuenta lo señalado, debe mencionarse que a partir del 30 de enero de 2019 entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1444 que modifica la Ley N° 30225, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF. En ese sentido, obedeciendo a la regulación constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo, **las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado vigente a partir de la fecha señalada, son aplicables a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes**².

- 2.2. Realizadas las precisiones anteriores, en atención al tenor de la consulta, debe indicarse que el artículo 49 del Reglamento establece que, en el marco de un procedimiento de selección, la Entidad verifica la calificación de los postores conforme a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento (Bases), con la finalidad de determinar que estos cuentan con las capacidades

² La Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley establece que *“Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente Ley se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria.*

necesarias para ejecutar el contrato. Para ello, es necesario que en los documentos del procedimiento de selección se establezcan de manera clara y precisa los requisitos que deben cumplir los postores a fin de acreditar su calificación en el marco del respectivo procedimiento.

Al respecto, el numeral 49.2 del artículo en mención establece que los requisitos de calificación que pueden adoptarse en los documentos del procedimiento son: (i) la capacidad legal, referida a la habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación; (ii) la capacidad técnica y profesional, relacionada al equipamiento estratégico, infraestructura estratégica, así como la experiencia del personal clave requerido; (iii) la experiencia del postor en la especialidad; y (iv) la solvencia económica, aplicable para el caso de licitaciones públicas convocadas para contratar la ejecución de obras.

Ahora bien, sobre el requisito de calificación de la experiencia del postor, el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento establece que: “*En el caso de las **personas jurídicas** que surjan como consecuencia de una reorganización societaria **no pueden acreditar la experiencia de las personas sancionadas que absorben***”³. (El resaltado es agregado).

En este punto cabe anotar que el artículo 50 de la Ley establece que el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano que sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratista y/o subcontratistas, cuando corresponda, cuando incurran en alguna de las infracciones que se encuentran previstas en su numeral 50.1.

Como se aprecia, en el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, **toda persona jurídica que por reorganización societaria haya absorbido a otra que ha sido sancionada** administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no podrá acreditar la experiencia obtenida por dicha persona sancionada.

En relación con lo señalado, resulta pertinente indicar que la Ley —*además de tener como finalidad el maximizar el uso de los recursos públicos*— busca **garantizar la integridad e idoneidad de los proveedores**⁴. Así, el sentido de la norma bajo análisis (así como otras disposiciones de ley) es la de prevenir que las Entidades se vinculen contractualmente, de manera directa o indirecta, con aquellas personas, naturales o jurídicas, que por alguna causa imputable a ellas no reúnan dichas características, lo cual se ha materializado al haber sido sancionadas⁵.

³ Cabe anotar que, actualmente, las Bases Estándar de “Licitación Pública para la Contratación de la Ejecución de Obras”, aprobado mediante Directiva N° 001-2019-OSCE/CD, solicitan mediante la presentación del Anexo N° 9, que los postores (en caso se trate de una persona jurídica) declaren bajo juramento que la experiencia que acredita sobre una empresa que ha sido absorbida como consecuencia de una reorganización societaria, no se encuentra en el supuesto que se establece en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento.

⁴ De acuerdo a lo señalado en la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 344-2018-EF y en concordancia con los principios contemplados en el artículo 2 de la Ley.

⁵ Al respecto, resulta pertinente señalar que el literal l) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece

Por lo expuesto, en atención de las disposiciones constitucionales que regulan la aplicación de las normas en el tiempo, las personas jurídicas que por absorción hayan incorporado a otra persona jurídica que fue sancionada administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado, independientemente de la fecha en que se efectuó la absorción —*antes o después del 30 de enero de 2019*—, para efectos de acreditar su experiencia en los procedimientos de selección convocados por las Entidades, desde el 30 de enero de 2019, no podrán emplear la experiencia de dichas personas jurídicas sancionadas.

3. CONCLUSIÓN

En atención de las disposiciones constitucionales que regulan la aplicación de las normas en el tiempo, las personas jurídicas que por absorción hayan incorporado a otra persona jurídica que fue sancionada administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado, independientemente de la fecha en que se efectuó la absorción —*antes o después del 30 de enero de 2019*—, para efectos de acreditar su experiencia en los procedimientos de selección convocados por las Entidades, desde el 30 de enero de 2019, no podrán emplear la experiencia de dichas personas jurídicas sancionadas.

Jesús María, 31 de mayo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC/JDS

que se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, **en todo proceso de contratación**, las personas naturales o jurídicas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado.

Asimismo, el literal o) del mismo artículo establece un impedimento respecto de aquellas 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 testafierro, 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.