

## OPINIÓN N°114-2019/DTN

Solicitante: BERAKA 0915 S.A.C.  
Asunto: Experiencia obtenida producto de reorganización societaria  
Referencia: Comunicación S/N recibida de fecha 03.JUN.19

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente de la empresa BERAKA 0915 S.A.C. 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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

### 2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

#### Referencias

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada mediante el Decreto 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.

2.1. “¿*La sociedad resultante del proceso de fusión estará impedida de utilizar la experiencia de la empresa absorbida sancionada, aún [sic] cuando al momento de realizarse la función [sic] no se establecía tal prohibición?*”

2.1.1. 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*". (El énfasis es agregado).

Asimismo, 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*, lo que implica que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia (situación que, en principio, ocurre desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial). Así, **una vez que la norma entra en vigencia, esta 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.

Precisado lo anterior, cabe anotar que a partir del 30 de enero de 2019 entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1444, que modifica la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Ley N° 30225; y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, **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**<sup>1</sup>.

2.1.2. Ahora bien, según lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento, 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 de dicho procedimiento (bases), a fin de determinar que aquellos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato<sup>2</sup>.

Así, el numeral 49.2 del artículo en mención establece que los requisitos de calificación que pueden adoptarse son los siguientes:

- a) Capacidad legal, referida a la habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación.
- b) Capacidad técnica y profesional, relacionada al equipamiento estratégico, infraestructura estratégica, así como la experiencia del personal clave requerido.
- c) **Experiencia del postor en la especialidad.**
- d) Solvencia económica, aplicable para el caso de licitaciones públicas convocadas para contratar la ejecución de obras.

---

<sup>1</sup> Por su parte, de acuerdo a lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley, *"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.*

<sup>2</sup> Para tal efecto, 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 de dicho procedimiento.

En relación con el requisito de calificación de “Experiencia del postor en la especialidad”, el numeral 49.4 del referido artículo dispone 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**”<sup>3</sup>. (El énfasis es agregado).

Al respecto, es oportuno indicar que en virtud del artículo 50 de la Ley, el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano que sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratista y/o subcontratistas, según corresponda, cuando estos incurran en alguna de las infracciones previstas en el numeral 50.1 de dicho dispositivo.

De esta manera, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, toda persona jurídica que por reorganización societaria haya absorbido a otra que hubiera sido sancionada administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no podrá acreditar la experiencia obtenida de dicha persona sancionada.

Dicha medida encuentra su sustento en la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 344-2018-EF que, sobre la base de los principios contemplados en el artículo 2 de la Ley, señala que la normativa de contrataciones del Estado busca garantizar la integridad e idoneidad de los proveedores. En tal sentido, lo dispuesto en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento previene 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 –de integridad e idoneidad–, lo cual se materializa al haber sido sancionadas<sup>4</sup>.

- 2.1.3. Por tanto, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado vigente, a fin de acreditar su experiencia en los procedimientos de selección convocados desde el 30 de enero de 2019, aquella persona jurídica que, como consecuencia de una reorganización societaria, haya absorbido a una persona jurídica sancionada por el Tribunal de Contrataciones del Estado, **no** podrá emplear la experiencia adquirida de esta última; **independientemente de la fecha**

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Al respecto, resulta pertinente señalar que el literal l) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece 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 testamento, 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.

**en que se produjo tal absorción<sup>5</sup>.**

2.2. “¿Aplicar la prohibición de utilizar la experiencia de la empresa absorbida sancionada, implicaría la vulneración del Principio de Causalidad, que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado?”

2.2.1. Sobre el particular, es importante señalar que el Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el cual cuenta **con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones; entre ellas, la de aplicar sanciones según lo previsto en el artículo 59 de la Ley.**

Así, de conformidad con lo establecido en el numeral 257.1 del artículo 257 del Reglamento, *“La facultad de imponer las sanciones a que se refiere el artículo 50 de la Ley a proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, según corresponda, así como a las Entidades cuando actúen como tales, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside exclusivamente en el Tribunal”*.<sup>6</sup> (El énfasis es agregado).

En virtud de lo expuesto, se desprende que el Tribunal de Contrataciones del Estado es el **órgano autónomo encargado de aplicar las consecuencias jurídicas** (sanciones administrativas) **derivadas de la comisión de infracciones administrativas** que prevé la Ley; ello, en atención a la potestad sancionadora que le ha sido otorgada, de manera exclusiva, conforme a la normativa de contrataciones del Estado.

2.2.2. Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, *“La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”*. (El énfasis es agregado).

Sobre este punto, Morón Urbina<sup>7</sup> señala que: *“Por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. La norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendido como, que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y, por tanto no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (...) Por ello, en principio, la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.”* (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, en virtud del Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, la responsabilidad por la comisión de una infracción se le imputa a la persona que cometió la conducta

<sup>5</sup> En concordancia con el criterio contemplado en la Opinión N° 088-2019/DTN.

<sup>6</sup> De conformidad con lo establecido en el numeral 257.1 del artículo 257 del Reglamento.

<sup>7</sup> MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica S.A., décimo tercera edición, 2018; página 436.

prohibida por la Ley, sobre la cual recae –exclusivamente- la sanción<sup>8</sup> que impone dicho órgano resolutivo.

2.2.3. Por lo expuesto, cabe indicar que la aplicación de lo dispuesto en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento **no constituye la imposición de una sanción administrativa**, y por tanto, no supone una vulneración al Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado; dicho dispositivo busca evitar que en los procesos de contratación pública se emplee la experiencia de personas jurídicas sancionadas, a fin de garantizar la integridad e idoneidad de los proveedores que contratan con el Estado.

2.3. *“¿El artículo 49° inciso 4 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, resulta aplicable a las situaciones jurídicas posteriores a la publicación y entrada en vigencia de la norma; no afectando a las empresas que realizaron el proceso de reorganización societaria, cuando se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 1017 – Que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento el Decreto Supremo 184-2008-EF? ¿Hacer lo contrario, implicaría aplicar retroactivamente la nueva Ley de Contrataciones del Estado?”*

2.3.1. En concordancia con lo expuesto al absolver la primera consulta, es pertinente recalcar que la Constitución Política del Perú establece que 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; siendo 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.

Así, según Rubio Correa, por aplicación retroactiva de las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico peruano, *“debe entenderse por tal el **modificar los hechos ya ocurridos con anterioridad a la vigencia de la nueva norma**”*<sup>9</sup> (El énfasis es agregado).

Precisado lo anterior, cabe anotar que 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.**”* (El énfasis es agregado).

Como puede apreciarse, la propia Ley establece una disposición transitoria que tiene por objeto regular que los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, continúen **rigiéndose por las normas que se encontraban en vigor al momento de su convocatoria.**

Sin perjuicio de ello, y de conformidad con lo expuesto, las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado vigente a partir del 30 de enero de 2019, son aplicables a las consecuencias de las relaciones y

<sup>8</sup> De conformidad con lo establecido en el numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley, las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son: multa, inhabilitación temporal o inhabilitación definitiva para participar en procesos de contratación con el Estado.

<sup>9</sup> RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho Fondo Editorial PUCP, décimo décima edición, 2009; página 304.

**situaciones jurídicas existentes.**

Por lo tanto, se advierte que la disposición regulada en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento **no** implica la aplicación retroactiva de la Ley, toda vez que esta resulta aplicable a todo procedimiento de selección que se **convoque a partir de su entrada en vigencia**; esto es, a partir del 30 de enero de 2019.

**CONCLUSIONES**

- 3.1. Conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado vigente, a fin de acreditar su experiencia en los procedimientos de selección convocados desde el 30 de enero de 2019, aquella persona jurídica que, como consecuencia de una reorganización societaria, haya absorbido a una persona jurídica sancionada por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no podrá emplear la experiencia adquirida de esta última; independientemente de la fecha en que se produjo tal absorción.
- 3.2. La aplicación de lo dispuesto en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento no constituye la imposición de una sanción administrativa, y por tanto, no supone una vulneración al Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado; dicho dispositivo busca evitar que en los procesos de contratación pública se emplee la experiencia de personas jurídicas sancionadas, a fin de garantizar la integridad e idoneidad de los proveedores que contratan con el Estado.
- 3.3. La disposición normativa regulada en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento no implica la aplicación retroactiva de la Ley, toda vez que esta resulta aplicable a todo procedimiento de selección que se convoque a partir de su entrada en vigencia; esto es, a partir del 30 de enero de 2019.

Jesús María, 12 de julio de 2019

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

LAA/GMS