

Expediente N°: 78814
T.D.: 17861106

OPINIÓN N° 114-2020/DTN

Solicitante: Municipalidad Distrital de Vegueta
Asunto: Acreditación de experiencia en procedimiento de selección
Referencia: Formulario DTN de fecha 20.OCT.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Julio Artemio Rojas Huarac, Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Vegueta, formula varias consultas respecto de la acreditación de la experiencia en 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 numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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

2. CONSULTA Y ANÁLISIS¹

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 a partir del 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377- 2019-EF.

¹ De conformidad con el TUPA del OSCE, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas en términos genéricos, esto es, aquellas que no hagan alusión a asuntos concretos o casos particulares. En tal medida, no será posible absolver la consulta N°3 contemplada en el documento de la referencia, pues esta Dirección Técnico Normativa no puede determinar si debe considerarse como válida o inválida la experiencia acreditada por un postor en particular.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Si existe impedimento o restricción legal alguno para transferir y/o usar la experiencia en procesos de selección (Licitación Pública, Concurso Público, Contratación Directa, Adjudicación Simplificada, etc) como consecuencia de un proceso de reorganización societaria que comprendan una fusión por absorción, cuando la empresa absorbida fue sancionado posterior a la fusión por absorción?” (Sic)

2.1.1. 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 contrato².

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.

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**”*. (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, 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,

² 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.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

naturales o jurídicas, que por alguna causa imputable a ellas no reúnan dichas características –de integridad e idoneidad-, lo cual se materializa en el hecho de haber sido sancionadas³.

2.1.2. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley, el Tribunal de Contrataciones del Estado es la autoridad que tiene el poder para sancionar a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando algunos de éstos incurran en las infracciones tipificadas en la Ley.

En relación con lo anterior, el numeral 50.12 del artículo antes citado precisa que *“en el caso de reorganización societaria el Tribunal inicia o prosigue el procedimiento administrativo sancionador contra la persona jurídica que haya surgido de dicha reorganización, la que debe asumir las consecuencias de la responsabilidad administrativa”*

Como se advierte, de acuerdo con la Ley, el uso de alguna de las formas de reorganización societaria por parte de una persona que ha cometido una presunta infracción no será un obstáculo para iniciar o proseguir un procedimiento administrativo sancionador contra ésta. Es tan clara la finalidad de protección del interés público del dispositivo citado, que ha previsto que en caso se compruebe la comisión de la infracción, la persona resultante de la reorganización será quien debe asumir las consecuencias de la responsabilidad administrativa.

2.1.3. Expuesto lo anterior, corresponde anotar que 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***.

³ 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 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.

Atendiendo a las características normativas de dicho mecanismo societario⁴, 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

2.1.4. En virtud de lo expuesto hasta este punto, se tiene que, de acuerdo con el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento, una persona jurídica que absorba a otra que se encuentra sancionada por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no podrá usar la experiencia de ésta última para los procedimientos de selección en que participe. Como se puede advertir, para que opere esta restricción será necesario que la persona absorbida se encuentre sancionada al momento del proceso de fusión por absorción que se lleve a cabo; ello, debido a que, luego de dicho proceso, la empresa absorbida deja de existir, razón por la cual, en caso de que –de manera posterior a la fusión- se hubiese verificado la comisión de una infracción por parte de la empresa absorbida (mientras existía), podría ser empresa la absorbente quien asuma la sanción que se imponga como consecuencia de dicha infracción.

2.1.5. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso mencionar que el artículo 11 de la Ley establece la lista de personas naturales o jurídicas que se encuentran impedidas de ser participantes, postoras, contratistas o subcontratistas en los procesos de contratación llevados a cabo por las entidades públicas.

En relación con ello, es preciso considerar que, de acuerdo con el literal “o” se encuentran impedidas de participar, presentar ofertas o suscribir contratos aquellas personas que sean continuación, derivación, testafierro de personas inhabilitadas o impedidas o que se encuentren controladas por estas últimas. Cabe precisar, que las calificaciones antes descritas (continuación, derivación, etc) pueden desprenderse de las personas que representan, constituyen o participan del accionariado de la persona respecto de la cual se analiza si calza o no dentro del

⁴ 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.

impedimento contemplado en el referido literal “o” o – también- de cualquier otra circunstancia comprobable; asimismo, es preciso considerar que a efectos de la aplicación de este impedimento no importa el mecanismo o maniobra jurídica que utilice la persona impedida o inhabilitada para evadir su condición de tal, pudiendo ser cualquiera de los mecanismos de reorganización societaria que contempla la Ley de la materia⁵.

Adicionalmente, es preciso mencionar que el literal “s” del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley ha establecido que una persona se encontrará impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista, cuando teniendo el mismo objeto social de una persona inhabilitada, cuente con integrantes que formen o que hayan formado parte -al momento en que se cometió la infracción- de dicha persona inhabilitada. Cabe precisar que, para estos efectos, se considera integrantes a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, socios, participacionistas o titulares⁶.

Expuesto lo anterior es preciso mencionar que, si durante la admisión, evaluación o calificación de ofertas se hubiese detectado que alguna de las personas jurídicas que participan del procedimiento de selección calza dentro de los impedimentos antes desarrollados o dentro de algún otro contemplado en el artículo 11 de la Ley, dicha persona no podría suscribir el contrato.

2.2. *“¿En caso de haberse otorgado la buena pro, haber suscrito el contrato e iniciado la ejecución de la obra, que acciones corresponde a la entidad, si la experiencia de la empresa absorbida fue presentada por el postor absorbente, y que a la fecha se encuentra sancionada por el OSCE? (Sic)*

Este Organismo Técnico Especializado no puede determinar las acciones que debe adoptar una Entidad ante la configuración de una situación concreta, pues estaría excediendo la habilitación contemplada en el literal “n” del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la situación planteada, es pertinente mencionar que el numeral 44.2. del artículo 44 de la Ley, establece aquellos supuestos en los que es posible que el Titular de la Entidad declare –de oficio- la nulidad del contrato. Entre ellos podemos destacar los siguientes: i) por haberse perfeccionado (el contrato) en contravención con el artículo 11, es decir, aquel que contempla los impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista; y ii) cuando se verifique la transgresión al principio de presunción de

⁵ A fin de un mayor abundamiento sobre la interpretación de este impedimento, se recomienda revisar la Opinión 108-2020/DTN. En: <https://www.gob.pe/institucion/osce/colecciones/713-opiniones>

⁶ De acuerdo con el literal “s” del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley, para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento es aplicable siempre que su participación individual o conjunta sea superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente. A fin de un mayor abundamiento sobre la interpretación de este impedimento, se recomienda revisar las Opiniones 036-2019/DTN y 050-2020/DTN; en: <https://www.gob.pe/institucion/osce/colecciones/713-opiniones>

veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato.

Dicho lo anterior, es preciso mencionar que la declaratoria de nulidad de oficio del contrato, es una prerrogativa que la Ley otorga al Titular de la Entidad. En tal sentido, será responsabilidad de éste, determinar si se ha configurado alguno de los supuestos que la justifican y, de ser ese el caso, si es pertinente –considerando el interés público que subyace a la contratación- emplear dicha facultad. En el supuesto en que se opte por la continuación del contrato, deberá procederse conforme a lo establecido en el numeral 44.4 de la Ley⁷.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1.** Una persona jurídica que absorba a otra que se encuentra sancionada por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no podrá usar la experiencia de ésta última para los procedimientos de selección en que participe. Para que opere esta restricción será necesario que la persona absorbida se encuentre sancionada al momento del proceso de fusión por absorción que se lleve a cabo; ello, debido a que, tras el proceso de fusión por absorción la empresa absorbida deja de existir, razón por la cual, en caso de que –de manera posterior a la fusión- se hubiese verificado la comisión de una infracción por parte de la empresa absorbida (mientras existía), podría ser la empresa absorbente quien asuma la sanción que se imponga como consecuencia de dicha infracción.
- 3.2.** Si durante la admisión, evaluación o calificación de ofertas se hubiese detectado que alguna de las personas jurídicas que participan del procedimiento de selección calza dentro de los impedimentos contemplados en el artículo 11 de la Ley, dicha persona no podría suscribir el contrato.

Jesús María, 11 de noviembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.

⁷ Ley de Contrataciones del Estado, artículo 44, numeral 44.4: “El Titular de la Entidad puede autorizar la continuación de la ejecución del contrato, previo informes técnico y legal favorables que sustenten tal necesidad. Esta facultad es indelegable”