

## OPINIÓN N° 158-2019/DTN

Solicitante: Pedro Evaristo Silva Silva  
Asunto: Experiencia obtenida producto de reorganización societaria  
Referencia: Comunicación s/n recibida el 5 de agosto de 2019

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Pedro Evaristo Silva Silva formula 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. CONSULTA<sup>1</sup> 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 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.

---

<sup>1</sup> 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 segunda y tercera consulta no se encuentran referidas a la interpretación de algún aspecto contenido en la normativa de contrataciones del Estado, sino que buscan que este Organismo Técnico Especializado indique si una norma (numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento) constituye una norma que restringe la libre participación de proveedores en las contrataciones públicas y que la vigencia de dicha norma puede posponerse hasta que se encuentre previsto en una norma con rango de ley; sobre el particular, esta dependencia no se encuentra en la facultad de señalar si una norma legal sería restrictiva a la libre competencia, ni mucho menos indicar su no aplicación, pues ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley. 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.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

**“¿La prohibición contenida en el numeral 49.4 del artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado resulta aplicable a los procedimientos de selección convocados en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y de su Reglamento, aun cuando la misma se encuentre en el Reglamento y no en la ley?”** (Sic).

- 2.1 En primer lugar corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado contiene las disposiciones y desarrolla los procedimientos que las Entidades deben observar para llevar a cabo sus contrataciones de bienes, servicios y obras. Para ello, se ha considerado necesario establecer requisitos y exigencias que deben cumplirse a efectos de que dichas contrataciones guarden concordancia y se efectúen acatando los principios y disposiciones del ordenamiento constitucional<sup>2</sup>.

Así, 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 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*”**. (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*

<sup>2</sup> El artículo 76 de la Constitución Política del Perú establece que: *“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.//La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.*

como finalidad el maximizar el uso de los recursos públicos— busca **garantizar la integridad e idoneidad de los proveedores**<sup>3</sup>. Así, el sentido de la norma bajo análisis es la de evitar 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 sancionadas<sup>4</sup>.

- 2.2 Por otro lado, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado<sup>5</sup> permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en ésta pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que llevan a cabo las Entidades para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones; salvo que esta se encuentre incurso en alguno de los impedimentos que se establecen en el artículo 11 de la Ley.

Cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal —Libertad de Concurrencia<sup>6</sup>, Competencia<sup>7</sup>, Eficacia y Eficiencia<sup>8</sup>, Transparencia<sup>9</sup>, entre otros— así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

En esa medida, debe tenerse presente que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que llevan a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidas mediante ley. Así también, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de

---

<sup>3</sup> 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.

<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**.

<sup>5</sup> La normativa de contrataciones del Estado se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, y las demás normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

<sup>6</sup> Por el Principio de Libertad de Concurrencia, “*Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.*”

<sup>7</sup> Por el Principio de Competencia, “*Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.*”

<sup>8</sup> Por el Principio de Eficacia y Eficiencia, “*El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.*”

<sup>9</sup> Por el Principio de Transparencia, “*Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.*”

inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos<sup>10</sup>, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en el referido artículo.

- 2.3 Ahora bien, en atención a la consulta formulada, corresponde indicar que, el hecho que el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento considere que toda persona jurídica que por reorganización societaria haya absorbido a otra que ha sido sancionada administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no pueda acreditar la experiencia obtenida por dicha persona sancionada, *no corresponde a una interpretación analógica de una norma que establece alguna excepción o restrinja derechos*, por el contrario se trata de una disposición que busca que la experiencia generada por una persona sancionada no sea considerada por la nueva persona jurídica que la absorbe producto de la reorganización societaria, ello con el fin de garantizar la integridad e idoneidad del postor.

De este modo, puede concluirse que la normativa en contrataciones del Estado ha establecido un procedimiento para la calificación de la experiencia del postor, el cual está revestido de una serie de disposiciones, entre ellas el que toda persona jurídica que por reorganización societaria haya absorbido a otra que ha sido sancionada administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no pueda acreditar la experiencia obtenida por dicha persona sancionada, la cual –*en concordancia con el Principio de Legalidad*<sup>11</sup>– debe ser cumplida por los operadores de la normativa de contrataciones del Estado.

### 3. CONCLUSIÓN

La normativa en contrataciones del Estado ha establecido un procedimiento para la calificación de la experiencia del postor, el cual está revestido de una serie de disposiciones, entre ellas el que toda persona jurídica que por reorganización societaria haya absorbido a otra que ha sido sancionada administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no pueda acreditar la experiencia obtenida por dicha persona sancionada.

Jesús María, 18 de septiembre de 2019

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

RAC

<sup>10</sup> El numeral 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional: “*El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.*” (El subrayado es agregado).

<sup>11</sup> El Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del Capítulo IV de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que “*Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*”