

## OPINIÓN N° 204-2019/DTN

Solicitante: Estudio Ehecopar  
Asunto: Acreditación de experiencia  
Referencia: Comunicación S/N con fecha de recibido 27.SET.2019

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Estudio Ehecopar formula consultas referidas a la acreditación de experiencia de una empresa que surge por reorganización societaria, empleando la experiencia de una empresa absorbida en el marco de dicha reorganización y que fue sancionada por el Tribunal 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 2 del 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

Para efectos de la presente opinión, se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada mediante 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.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“Confirmar que la limitación dispuesta por el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento, consistente en la imposibilidad de que la persona jurídica surgida como consecuencia de una reorganización societaria no pueda acreditar la experiencia de las personas sancionadas absorbidas, únicamente resulta aplicable durante el tiempo que se mantenga vigente la sanción de inhabilitación temporal de la empresa absorbida”.*

2.1.1. De manera previa, es pertinente señalar que el artículo 49 del Reglamento establece

que la Entidad debe verificar la calificación de los postores conforme a los requisitos que se establezcan en las bases del procedimiento de selección, a fin de determinar que estos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato.

Así, los requisitos de calificación que pueden adoptarse son: (i) la capacidad legal; (ii) la capacidad técnica y profesional; (iii) la experiencia del postor en la especialidad; y (iv) la solvencia económica, aplicable en caso de licitaciones públicas convocadas para contratar la ejecución de obras.

2.1.2. Ahora bien, en relación con el requisito de calificación de experiencia del postor en la especialidad, 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).

Es pertinente mencionar que el sentido de esta disposición es cautelar los fines de la Ley, la que —*además de tener como finalidad el maximizar el uso de los recursos públicos*— busca **garantizar la integridad e idoneidad de los proveedores**<sup>1</sup>. De esta forma, la disposición contenida en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento (así como otras disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado) busca 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, situación que se materializa cuando estas han sido sancionadas<sup>2</sup>.

2.1.3. Sobre el particular, debe anotarse que el artículo 50 de la Ley establece que el Tribunal de Contrataciones del Estado (en adelante, el “Tribunal”) es el órgano que sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, sub contratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando incurran en alguna de las infracciones que prevé su numeral 50.1.

Al respecto, el numeral 50.2 del referido artículo dispone que las sanciones que puede aplicar el Tribunal son: la multa, la inhabilitación temporal y la inhabilitación definitiva. Cabe acotar que **la inhabilitación** consiste en la privación **temporal o permanente**, de corresponder, del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado.

Ahora bien, cuando una persona jurídica ha sido sancionada por el Tribunal de Contrataciones del Estado debe asumir las consecuencias de la sanción que el Tribunal imponga **por el tiempo correspondiente en que este fue sancionado**, de lo cual se sigue que la “*ratio legis*”<sup>3</sup> de la disposición bajo análisis es evitar que el

<sup>1</sup> Conforme a lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, y en concordancia con los principios que contempla el artículo 2 de la Ley.

<sup>2</sup> Así por ejemplo, el literal l) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado: “*En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado*”.

<sup>3</sup> Según el método de la *ratio legis*, el “qué quiere decir” de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto. (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA,

inhabilitado se vincule –directa o indirectamente- con el Estado mientras tenga la calidad de tal.

En ese sentido, a fin de evitar que los proveedores pretendan eludir sus responsabilidades —*en este caso, de naturaleza administrativa*— empleando mecanismos provistos por las normas societarias, el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento, restringe el uso de la experiencia obtenida por el sancionado, circunscribiéndose tal limitación al tiempo durante el cual está vigente la sanción, pues de lo contrario se estaría aplicando una restricción más allá incluso de lo que hubiera correspondido al sujeto que incurrió en la infracción y que, como consecuencia de ello, fue sancionado.

Por lo tanto, se advierte que las personas jurídicas que surgen como consecuencia de una reorganización societaria, no pueden emplear la experiencia de las personas jurídicas absorbidas que hayan sido sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado con inhabilitación temporal y/o permanente, según corresponda, durante el tiempo que se hubiese impuesto la sanción.

**2.2. “Confirmar que si en caso, mediante una fusión por absorción, una empresa absorbe a otra empresa que es resultado de la transformación de una sucursal de empresa extranjera sancionada en sociedad peruana, no se aplica la limitación dispuesta por el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento, en tanto dicha transformación implica la extinción de la sucursal sancionada y la creación de una nueva persona jurídica”.**

2.2.1 Previamente, es necesario tener en cuenta que el artículo 396 de la Ley N° 26887 – Ley General de Sociedades, establece que: “***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 énfasis es agregado).

2.2.2 Asimismo, 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 que se suscitan durante su existencia.

Así, 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

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.

- 2.2.3 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, de manera excepcional, 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 ya mencionado artículo 396 de la Ley N° 26887, 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 ésta.

- 2.2.4 Ahora bien, en lo que respecta a la experiencia, a partir de la transformación de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero en una sociedad regulada por la Ley N° 26887, la nueva sociedad no puede utilizar la totalidad de 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.

En ese sentido, 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.

- 2.2.5 De otro lado, 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 societario<sup>4</sup>, 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.

2.2.6 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 previas<sup>5</sup>.

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

---

<sup>4</sup> ELIAS LAROZA precisa que, independientemente de la modalidad de fusión, ésta presenta las siguientes características: *aa) 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.

<sup>5</sup> Por ejemplo, la Opinión N° 119-2016/DTN, entre otras.

selección y conforme a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado<sup>6</sup>, la sociedad absorbente (en el caso de fusión por absorción) pueda acreditar como suya la experiencia adquirida por la empresa absorbida, en virtud del referido proceso de fusión empresarial.

- 2.2.7 Efectuadas las precisiones anteriores, debe señalarse que 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 efecto, mediante el citado dispositivo legal, la normativa de contrataciones prohíbe que con ocasión de una reorganización societaria, como la fusión por absorción, la sociedad absorbente pueda acreditar como suya la experiencia adquirida por la sociedad sancionada absorbida.

Ahora bien, en el caso materia de consulta, se advierte que la sociedad absorbida en la fusión no es una empresa sancionada, es una empresa nueva generada a raíz de una transformación de la sucursal de una empresa extranjera sancionada, por lo que no se cumple el presupuesto contemplado en el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento, respecto a que la sociedad absorbida tenga la calidad de sancionada.

- 2.2.8 Sin perjuicio de lo antes señalado, debe tenerse en cuenta que en adición al numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento, existen otras disposiciones que prohíben que un sancionado pueda continuar contratando con el Estado, como por ejemplo la causal de impedimento para contratar con el Estado prevista en el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por el cual “*En todo proceso de contratación, las 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*”.

Conforme a la disposición citada, las personas naturales o jurídicas que son continuación, derivación, sucesión o testamento de un proveedor impedido o inhabilitado, se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas con el Estado; para estos efectos, se entiende que dicha continuación, derivación, sucesión o condición de testamento se da por razón de las personas que representan, constituyen, participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable con el propósito de evadir la sanción impuesta.

Adicionalmente, si un proveedor impedido o inhabilitado que de alguna manera posee un control efectivo sobre una persona, **independientemente de la forma jurídica empleada; tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares**, utiliza a esta última para eludir su restricción, tal persona también se encontrará impedida de ser participante, postora, contratista y/o subcontratista con el Estado.

---

<sup>6</sup> 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.

### **3 CONCLUSIONES**

- 3.1. Las personas jurídicas que surgen como consecuencia de una reorganización societaria, no pueden emplear la experiencia de las personas jurídicas absorbidas que hayan sido sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado con inhabilitación temporal y/o permanente, según corresponda, durante el tiempo que se hubiese impuesto la sanción.
- 3.2. La limitación que establece el numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento tiene como presupuesto que la sociedad absorbida, luego de una fusión por absorción, tenga la calidad de sancionada.

Jesús María, 20 de noviembre de 2019

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

PSZ/CFM