

OPINIÓN N° 211-2017/DTN

Solicitante: Dianet Betzabet Paz Sevillano

Asunto: Opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

Referencia: Comunicación S/N recibida el 25.AGO.2017

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Dianet Betzabet Paz Sevillano formula consulta sobre las opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

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

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

De forma previa, es preciso indicar que la presente consulta se encuentra vinculada a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la “anterior Ley”), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el “anterior Reglamento”); por tanto, serán absueltas bajo sus alcances².

Efectuada la precisión anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, “Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la normativa de contrataciones del Estado”, determinándose que las consultas formuladas no se encuentran vinculadas entre sí; por lo que, ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 90 del TUPA, solo será absuelta la Consulta N° 1.

² Normas vigentes hasta el 8 de enero de 2016.

“¿LAS OPINIONES EMITIDAS POR EL OSCE REFERIDAS A LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIONES DEL ESTADO, SON VINCULANTES?” (Sic).

- 2.1 En primer lugar, debe indicarse que el primer párrafo del artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone lo siguiente:

“Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

Artículo 76.- 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.” (El subrayado es agregado).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que *“La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.”*³ (El subrayado es agregado).

En este punto, debe señalarse que, hasta el 8 de enero de 2016, la norma que desarrollaba el artículo 76 de la Constitución era la anterior Ley, la cual, conjuntamente con el anterior Reglamento y las normas de carácter complementario emitidas por el OSCE, constituía la anterior normativa de contrataciones del Estado, la misma que tenía por finalidad salvaguardar la eficiencia de las contrataciones y el adecuado uso de los fondos públicos involucrados.

- 2.2 Dicho lo anterior, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, debía tenerse en consideración dos aspectos: uno de carácter subjetivo, referido a los sujetos que debían someter sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa, y el otro de carácter objetivo, referido a las actuaciones que se encontraban bajo su ámbito.

Así, la anterior Ley, en el numeral 3.1 de su artículo 3, establecía un listado de los órganos u organismos de la administración pública⁴ que se encontraban en la

³ Numeral 12 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

⁴ A efectos de precisar el contenido de “administración pública”, resulta citar lo señalado por Marcial Rubio: *“Los órganos del gobierno central, así como los gobiernos regionales, concejos municipales y varios organismos constitucionales con funciones específicas, tienen por debajo de sus jefes u organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, organizados en distintas reparticiones, que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado y constituyen la administración pública.”* (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, décima edición, Pág. 65.

Adicionalmente, el mismo autor indica que *“La administración pública está en todo el Estado: en el Congreso, en el Poder Judicial, en los órganos del Estado, y en los gobiernos regionales y locales. Pero la parte más importante de la Administración está en el Poder Ejecutivo (...)”* (el subrayado es agregado).

obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado; denominándoles, genéricamente, “Entidades”.

Por su parte, en el numeral 3.2 de su artículo 3, la anterior Ley establecía que la anterior normativa de contrataciones del Estado se aplicaba a las contrataciones que realizaban las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago de la retribución correspondiente con cargo a fondos públicos⁵, entre otras obligaciones derivadas de la calidad de contratante.

De esta manera, las contrataciones que se encontraban bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado eran aquellas que realizaban las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley, a efectos de proveerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo la obligación de pagar al proveedor la respectiva contraprestación, con cargo a fondos públicos.

- 2.3 Delimitado el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, resulta necesario señalar que el literal j) del artículo 58 de la anterior Ley indicaba que una de las funciones del OSCE era absolver consultas sobre las materias de su competencia.

En esa línea, la Tercera Disposición Complementaria Final del anterior Reglamento disponía que “Las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE. El criterio establecido en la opinión conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal.” (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- establecía, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante mientras no fueran modificadas por otra opinión posterior -debidamente sustentada- o norma legal.

- 2.4 Ahora bien, es importante precisar que el 9 de enero de 2016 entró en vigencia la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, primera edición, Pág. 210.

⁵ Según el artículo 15 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N° 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

Así, el literal o) del artículo 52⁶ de la Ley N° 30225 indica que dentro de las funciones del OSCE se encuentra la absolución de consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil.

Adicionalmente, la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 350-2015-EF señala que “(...) *las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se publican en el portal institucional del OSCE.*”

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado vigente no establece, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE cuentan con carácter vinculante; no obstante, dichas opiniones constituyen documentos en los que el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública analiza la aplicación de la citada normativa, interpreta sus disposiciones⁷ e, incluso, integra las mismas⁸ para salvar vacíos o lagunas legales⁹; según corresponda a la formulación de la consulta.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el OSCE, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado a través de la emisión de opiniones; en esa medida, ninguna otra entidad de la administración pública puede ejercer dicha función, de conformidad con el Principio de organización e integración¹⁰ contemplado en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo”.

⁶ Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, que entró en vigencia el 3 de abril de 2017.

⁷ “La teoría de la interpretación jurídica, de esta manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico – jurídico interno de la norma.” RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 220.

⁸ “La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación del Derecho mismo (...) Por ello, está sujeta a ciertas condiciones, reglas y métodos. Además, su utilización es restrictiva y no extensiva, debido precisamente a que constituye una excepción al principio predominante en el sistema Romano – germánico, en el sentido de que las normas las da, principalmente, el organismo que tiene atribución normativa.” Ibidem Pág. 260.

⁹ “La laguna del Derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista por el mismo supuesto.” Ibidem, Pág. 261.

¹⁰ En virtud del Principio de organización e integración, las entidades del Poder Ejecutivo ejercen las funciones y competencias que le son asignadas, evitando la duplicidad y superposición de las mismas.

En relación con lo anterior, es importante considerar que la labor de definir el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado tiene especial importancia para el cumplimiento de las demás funciones contempladas en el artículo 52 de la Ley, en particular aquella prevista en su literal a).

Por lo expuesto, no resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa¹¹ que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- establecía, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante mientras no fueran modificadas por otra opinión posterior -debidamente sustentada- o norma legal.
- 3.2 No resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación.

Jesús María, 26 de septiembre de 2017

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

MAMV/RPB.

¹¹ Cabe señalar que, aun cuando la anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- no hubiera establecido, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante, los criterios vertidos en estas también debían ser observados por los operadores de la citada normativa, pues constituían los criterios emitidos por el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública.

Expediente N°: 63856

T.D.: 19627894

OPINIÓN N° 078-2021/DTN

Solicitante: Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú - INRTP

Asunto: Supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado

Referencia: Consulta S/N de fecha 05.JUL.2021 - Sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Gerenta General del Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú formula consulta relacionada a la observancia de las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, respecto de casos concretos.

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 vinculadas 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° 1444¹, 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 sus modificatorias.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS²

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la solicitud planteada, en la presente Opinión se entenderá por:

¹ Conforme ha sido recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 13 de marzo de 2019.

Las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, sin hacer referencia a situaciones particulares o casos concretos. En esa medida, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante en el documento de la referencia, advirtiéndose que en las consultas N° 2 y 3 se desarrolla un **escenario particular** y no se refieren a disposiciones de la normativa de Contrataciones del Estado, por lo que su atención excedería la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. Adicionalmente, la consulta N° 4 no formula, de manera clara y directa, una consulta referida a dicha normativa. Por tanto, dichas consultas no podrán ser atendidas en el marco de la presente opinión.



Firmado digitalmente por
CHOCANO DAVIS Christian César
FAU 20419026809 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 27.07.2021 16:52:27 -05:00



Firmado digitalmente por BURGOS
BARDALES Patrick FAU
20419026809 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 27.07.2021 15:42:19 -05:00

- “**Ley**”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

2.1. “¿Las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE respecto a las contrataciones internacionales, son de carácter vinculante? Es decir, son de obligatorio cumplimiento en todos los casos o debe ser evaluado dependiendo cada caso en concreto.”

2.1.1. En primer lugar, debe señalarse que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas -esto es, *que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al menor precio y con la mejor calidad, de forma oportuna*- y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario³, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la ley.

Con relación a ello, debe indicarse que la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituyen la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. En dicho contexto, corresponde precisar que el artículo 3 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno *subjetivo*, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa, y otro *objetivo*, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito; así, para verificar el ámbito de aplicación de la Ley, ambos elementos deben presentarse de forma concurrente.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley establece un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública⁴ que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa

³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

⁴ A efectos de precisar el contenido de “*administración pública*”, resulta pertinente citar lo señalado por Marcial Rubio: “*Los órganos del gobierno central, así como los gobiernos regionales, concejos municipales y varios organismos constitucionales con funciones específicas, tienen por debajo de sus jefes u organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, organizados en distintas reparticiones, que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado y constituyen la administración pública.*” (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, décima edición, 2009, Pág. 65.

Adicionalmente, el mismo autor indica que “La administración pública está en todo el Estado: en el Congreso, en el Poder Judicial, en los órganos del Estado, y en los gobiernos regionales y locales. Pero la parte más importante de la Administración está en el Poder Ejecutivo (...)” (el subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal*

de contrataciones del Estado, a los cuales denomina bajo el término genérico de “Entidad”.

A su vez, el numeral 3.3 del referido artículo precisa que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras, las cuales asumen el pago de la contraprestación correspondiente con cargo a fondos públicos.

De esta manera, las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son aquellas que realizan las Entidades señaladas en el artículo 3 de la Ley, para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo la obligación de pagar al proveedor con cargo a fondos públicos⁵.

- 2.1.3. No obstante, el artículo 4 de la Ley establece supuestos taxativos que, pese a verificarse en varios de ellos los criterios subjetivo y objetivo para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de ésta y no se encuentran sujetos a supervisión por parte del OSCE.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley regula otros supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, los cuales sí se encuentran bajo la supervisión de este Organismo Técnico Especializado.

En esta medida, **las contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado, previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley, podrán realizarse sin observar las disposiciones de dicha normativa, lo cual no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda contratación pública, cuando corresponda**⁶.

- 2.1.4. Sobre el particular, es oportuno señalar que conforme a lo establecido en el literal f) del artículo 5 de la Ley, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, pero sujetas a supervisión del OSCE:

“(…)

f) Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se cumpla una de las siguientes condiciones: i) se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente norma; o ii) el

Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, 2006, Pág. 210.

⁵ Según el artículo 15 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N° 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

⁶ De conformidad con lo establecido en la Opinión N° 047-2018/DTN.

mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero. (...).” (El énfasis es agregado).

Ahora bien, en relación con dicho supuesto excluido, el numeral 4.2 del artículo 4 del Reglamento establece lo siguiente:

“4.2. Las contrataciones a las que se refieren los literales c) y f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley requieren de informe técnico e informe legal que sustenten la configuración del supuesto de inaplicación”. (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, las contrataciones que realizan las Entidades al amparo de lo dispuesto en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado; no obstante, aquellas requieren, obligatoriamente, contar de manera previa con los informes técnico y legal que sustenten la configuración de dicho supuesto excluido.

Al respecto, es importante indicar que dicho sustento implica constatar previamente la inexistencia de proveedores en el mercado nacional⁷, en capacidad de proveer el bien o prestar el servicio requerido para satisfacer la necesidad de la Entidad, o que el mayor porcentaje de las prestaciones se ejecutará en el extranjero. **Para tal efecto, resulta necesario que la Entidad realice una indagación de mercado**, producto de la cual se advierta que el bien o servicio requerido no puede ser prestado por ningún proveedor en el mercado nacional, tal como lo ha señalado este Organismo Supervisor en opiniones previas⁸.

- 2.1.5. Precisado lo anterior, resulta necesario anotar que conforme a lo establecido en el literal n) del artículo 52 de la Ley, una de las funciones atribuidas al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) consiste en la absolución de consultas sobre el sentido y alcance de la **normativa de contrataciones del Estado**, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil.

Sobre el particular, debe indicarse que si bien no se establece de forma explícita en la normativa de contrataciones del Estado vigente que las opiniones emitidas por el OSCE cuentan con carácter vinculante, dichas opiniones constituyen documentos en los que el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública analiza la aplicación de la citada normativa, interpreta sus disposiciones⁹ e, incluso, integra sus

⁷ Cabe precisar que la necesidad de verificar la inexistencia de proveedores en el mercado nacional como condición para llevar a cabo una contratación en el extranjero responde, principalmente, a las siguientes razones: la naturaleza excepcional de los supuestos de inaplicación de la Ley, las cautelas que mantiene el Estado cuando contrata sometido a sus normas internas en salvaguarda de los fondos públicos involucrados, y la existencia de políticas de fomento e incentivo en la contratación estatal.

⁸ Conforme a las Opiniones N° 102-2016/DTN, N° 084-2011/DTN y N° 009-2011/DTN, entre otras.

⁹ “La teoría de la interpretación jurídica, de esta manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico – jurídico interno de la norma.” RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 220.

normas¹⁰ para salvar vacíos o lagunas legales¹¹, según corresponda a la formulación de la consulta.

Es decir, el OSCE, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado a través de la emisión de opiniones; por tanto, ninguna otra entidad de la administración pública –salvo que en una norma de igual rango se establezca que comparte tal competencia- puede ejercer dicha función, de conformidad con el Principio de organización e integración¹² contemplado en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo”.

De esta manera, siendo que la competencia interpretativa de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado ha sido conferida mediante ley especial, en concordancia con lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 020-2003-PI/TC¹³, de manera exclusiva al OSCE, puede concluirse que la naturaleza de los criterios interpretativos desarrollados por este Organismo Técnico Especializado –por ejemplo, aquellos que son desarrollados a través de las Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa- es la de una interpretación auténtica, en el sentido kelseniano del término¹⁴, de la citada normativa, y por ende,

¹⁰ “La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación del Derecho mismo (...) Por ello, está sujeta a ciertas condiciones, reglas y métodos. Además, su utilización es restrictiva y no extensiva, debido precisamente a que constituye una excepción al principio predominante en el sistema Romano – germánico, en el sentido de que las normas las da, principalmente, el organismo que tiene atribución normativa.” Ibídem Pág. 260.

¹¹ “La laguna del Derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista por el mismo supuesto.” Ibídem, Pág. 261.

¹² En virtud del Principio de organización e integración, las entidades del Poder Ejecutivo ejercen las funciones y competencias que le son asignadas, **evitando la duplicidad y superposición** de ellas.

¹³ Dicha sentencia estableció que el artículo 76 de la Constitución debe ser desarrollado por ley, y esta ley, que constituye el régimen general, es la ley de contrataciones del Estado, y precisamente esta ley es la que le asigna al OSCE la competencia de interpretar el sentido y alcance de sus disposiciones.

¹⁴ Al respecto, Hans Kelsen en su prestigiosa obra “Teoría Pura del Derecho” (1960) señalaba que la interpretación de las normas legales detentaba una esencia en virtud del sujeto (intérprete) que la desarrollaba; de esta forma, para el autor citado “Tenemos así dos tipos de interpretación, que deben ser nítidamente distinguidas entre sí: la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente por la ciencia del derecho”¹⁴. Sobre ello, Isabel Lifante (2015) menciona que Kelsen “(...) realiza una clasificación exhaustiva de la interpretación atendiendo al sujeto que interpreta, pues distingue entre lo que llama “**interpretación auténtica**”, que sería aquella realizada por los órganos aplicadores del Derecho y la “interpretación no auténtica”, que englobaría todos los supuestos que no encajan en la primera categoría.¹⁴” (El resaltado es agregado).

deben ser observados por todos los operadores al momento de su aplicación.

En relación con lo anterior, es importante considerar que la labor de definir el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado tiene especial importancia para el cumplimiento de las demás funciones contempladas en el artículo 52 de la Ley, en particular aquella prevista en su literal a)¹⁵.

En ese sentido, es necesario aclarar que siendo las Opiniones un desarrollo del criterio interpretativo de la normativa de contrataciones del Estado, estas no versan, de manera directa, a situaciones concretas; las Opiniones desarrollan líneas y criterios interpretativos sobre la normativa de contrataciones del Estado que deben ser considerados al momento de analizar sus disposiciones, mas no analizan ni establecen presupuestos de hecho y por ende no pueden configurar ni constituir precedentes administrativos.

- 2.1.6. Por lo expuesto, si bien la normativa de contrataciones del Estado –vigente desde el 30 de enero de 2019- no establece de forma explícita que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, estas deben ser observadas por los operadores de dicha normativa, al momento de su aplicación, toda vez que la emisión de las opiniones constituye el ejercicio de una competencia exclusiva, conferida por una ley especial, del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública¹⁶; en esa medida, corresponde observar los criterios vertidos en tales opiniones, incluyendo los referidos a la configuración del supuesto excluido previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley.

3. CONCLUSIÓN

Si bien la normativa de contrataciones del Estado –vigente desde el 30 de enero de 2019- no establece de forma explícita que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, éstas deben ser observadas por los operadores de dicha normativa, al momento de su aplicación, toda vez que la emisión de las opiniones constituye el ejercicio de una competencia exclusiva, conferida por una ley especial, del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública; en esa medida, corresponde observar los criterios vertidos en tales opiniones, incluyendo los referidos a la configuración del supuesto excluido previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley.

Jesús María, 26 de julio de 2021



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 27.07.2021 20:25:40 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA

¹⁵ “Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados”.

¹⁶ De esta manera se ha pronunciado la Dirección Técnico Normativa en la Opinión N° 211-2017/DTN.



Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

Sumilla: "En el presente caso, no hay ningún elemento en el recurso de reconsideración interpuesto que desvirtúe los fundamentos y que amerite rectificar lo analizado y decidido en la resolución recurrida, y por ende, no corresponde acoger la pretensión impugnatoria."

Lima, 29 ENE. 2018

VISTO, en sesión del 29 de enero de 2018 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 875/2017.TCE, sobre recurso de reconsideración interpuesto por la empresa INNOVA SEGURIDAD S.A.C. (subrogada al absorber por fusión a la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA), contra lo dispuesto en la Resolución N° 0008-2018-TCE-S3 de fecha 3 de enero de 2018, que determinó su responsabilidad al haber presentado documentación adulterada como parte de la documentación necesaria para suscribir el contrato derivado del Concurso Público N° 004-2015-INGEMMET/CE - Primera Convocatoria; oído el informe y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Mediante Resolución N° 0008-2018-TCE-S3 del 3 de enero de 2018, la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el **Tribunal**, dispuso sancionar a la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, en adelante el **Contratista**, por un periodo de cuarenta (40) meses de inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N° 30225, en lo sucesivo la **Ley**, al haber presentado documentación adulterada como parte de la documentación necesaria para suscribir el contrato derivado del Concurso Público N° 004-2015-INGEMMET/CE - Primera Convocatoria, en adelante el **procedimiento de selección**, convocado por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, en adelante la **Entidad**.

Los principales fundamentos de dicho acto administrativo fueron:

- i. En el caso materia de análisis se atribuyó al Contratista el haber presentado documentos falsos o adulterados como parte de la documentación que presentó para la suscripción del Contrato en el marco del procedimiento de selección, consistentes en los siguientes:

- Carné de Servicios de Seguridad Privada N° 248464, expedido por SUCAMEC a favor del señor Víctor Hugo Flavio Pillaca.¹
- Carné de Servicios de Seguridad Privada N° 249161, expedido por SUCAMEC a favor del señor Julio Alejandrino Gonzales Cruz.²
- Carné de Servicios de Seguridad Privada N° 137172, expedido por SUCAMEC a favor del señor Pedro Alexis León Delgado.³
- Carné de Servicios de Seguridad Privada N° 142460, expedido por SUCAMEC a favor del señor Luciano Obregón Gómez.⁴
- Carné de Servicios de Seguridad Privada N° 219021, expedido por SUCAMEC a favor del señor Oscar Alfredo Ramos Inga.⁵
- Carné de Servicios de Seguridad Privada N° 216760, expedido por SUCAMEC a favor del señor Edward Crisanto Saravia Venturo.⁶

ii. Al respecto, se precisó que los documentos cuestionados consistían en seis (6) carnés de servicios de seguridad privada, emitidos aparentemente por la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil – SUCAMEC, conforme al siguiente detalle:

N°	Nombre y apellido	Empresa	Carné	Fecha de emisión	Fecha de caducidad
1	Víctor Hugo Flavio Pillaca	Security and General Service S.C.R.Ltda.	248464	18/02/2015	18/02/2016
2	Julio Alejandrino Gonzales Cruz	Security and General Service S.C.R.Ltda.	249161	17/02/2015	17/02/2016
3	Pedro Alexis León Delgado	Security and General Service S.C.R.Ltda.	137172	18/02/2015	18/02/2016
4	Luciano Obregón Gómez	Security and General Service S.C.R.Ltda.	142460	18/02/2015	18/02/2016

1 Documento obrante en el folio 266 del expediente administrativo.
 2 Documento obrante en el folio 276 del expediente administrativo.
 3 Documento obrante en el folio 295 del expediente administrativo.
 4 Documento obrante en el folio 304 del expediente administrativo.
 5 Documento obrante en el folio 313 del expediente administrativo.
 6 Documento obrante en el folio 322 del expediente administrativo.

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

5	Oscar Alfredo Ramos Inga	Security and General Service S.C.R.Ltda.	219021	19/02/2015	19/02/2016
6	Edward Crisanto Saravia Venturo	Security and General Service S.C.R.Ltda.	216760	18/02/2016	18/02/2016

iii. Como parte de los recaudos de la denuncia presentada por la Entidad, se hizo llegar el Memorando N° 804-2016-SUCAMEC-GSSP de fecha 22 de marzo de 2016, en el cual la SUCAMEC detallaba el registro histórico (que comprendía fechas de emisión y caducidad) de los carnés de los señores Edward Crisanto Saravia Venturo, Oscar Alfredo Ramos Inga, Luciano Obregón Gómez, Pedro Alexis León Delgado, Julio Alejandro Gonzales Cruz y Víctor Hugo Flavio Pillaca. Asimismo, en dicha comunicación, la SUCAMEC precisó que las copias remitidas detallaban fechas de emisión y vencimiento (caducidad) que no concordaban con las fechas registradas ante su institución.

iv. Posteriormente, la Entidad reiteró a la SUCAMEC la solicitud efectuada, logrando obtener el Memorando N° 01098-2016-SUCAMEC-GSSP de fecha 22 de abril de 2016⁷, en el cual se detalló el histórico (que comprendía fechas de emisión y caducidad) de los carnés de los señores antes referidos; asimismo, a través de dicha comunicación, la SUCAMEC ratificó la información remitida con Memorando N° 804-2016-SUCAMEC-GSSP, así como informó que las fechas de emisión y caducidad que obran en las copias remitidas no correspondían con su base de datos; lo cual, aunado al hecho que dichas fechas no correspondían al tamaño de letra de un carné original, llevó a concluir a la SUCAMEC que dichos documentos habían sido alterados.

v. Sin perjuicio de ello, mediante decreto del 2 de noviembre de 2017, este Tribunal requirió a la SUCAMEC confirmar la información brindada, en relación a que si las fechas de emisión y caducidad de los carnés de seguridad cuestionados correspondían con aquellos que sí fueron emitidos. En respuesta a ello, con Oficio N° 109-2017-SUCAMEC-GG de fecha 14 de noviembre de 2017, adjunto al cual se remitió el Memorando N° 03283-2017-SUCAMEC-GSSP de fecha 13 de noviembre de 2017⁸, la SUCAMEC dio respuesta al pedido formulado por el Tribunal, remitiendo el histórico

7 Oabrante en f. 19 del expediente administrativo.

8 Oabrante en f. 596 del expediente administrativo.

correspondiente a los carnés de identidad de los señores Edward Crisanto Saravia Venturo, Oscar Alfredo Ramos Inga, Luciano Obregón Gómez, Pedro Alexis León Delgado, Julio Alejandro Gonzales Cruz y Víctor Hugo Flavio Pillaca que obraba en sus registros; asimismo, advirtió que los datos consignados en las copias simples de los carnés de identidad remitidos no correspondían con las fechas de emisión y caducidad de los carnés de identidad obrantes en la base de datos de su institución.

vi. En vista de la documentación obrante en el expediente, con decreto del 30 de noviembre de 2017, se requirió a la SUCAMEC que señale si acorde a lo señalado en el numeral 4.1 de las conclusiones del Memorando N° 03283-2017-SUCAMEC-GSSP de fecha 13 de noviembre de 2017, y en el numeral 3 del Memorando N° 1098-2016-SUCAMEC-GSSP, los carnés de identificación de personal operativo remitidos serían documentos falsos o adulterados, debiendo a su vez, en caso obre en sus archivos, remitir copias legibles de los carnés cuestionados.

 **vii.** En mérito a ello, se obtuvo el Oficio N° 08603-2017-SUCAMEC-GSSP de fecha 6 de diciembre de 2017⁹, a través de cual el Gerente de la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil – SUCAMEC ratificó la información contenida en los Memorandos N° 03283-2017-SUCAMEC-GSSP y N° 1098-2016-SUCAMEC-GSSP, toda vez que las copias simples de los carnés de identidad que fueron remitidas por el Órgano de Control Institucional del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico –INGEMMET no concordaban con la información contenida en la base de datos de la SUCAMEC; no obstante ello, manifestó que la falsedad de un documento debe ser declarada por la autoridad competente.

Asimismo, informó que los carnés de identidad que expide la SUCAMEC a favor del personal de seguridad se entregan a las empresas de seguridad solicitantes, sin perjuicio de su registro en la base de datos de esta Superintendencia, conforme al histórico remitido.

 **viii.** Nótese que sobre la base de lo expuesto, se tuvo que la SUCAMEC, aparente emisora de los carnés cuestionados, había manifestado hasta en cuatro (4) ocasiones que las fechas de emisión y caducidad que obraban en los carnés

⁹ Obrante en f. 612 del expediente administrativo.

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

cuestionados no coincidían con los datos que obraba en la base de datos de sus registros, remitiendo en todas las ocasiones el listado histórico de los carnés emitidos con número N° 216760, 219021, 142460, 137172, 249161, 248464 (correspondientes a los señores Edward Crisanto Saravia Venturo, Oscar Alfredo Ramos Inga, Luciano Obregón Gómez, Pedro Alexis León Delgado, Julio Alejandro Gonzales Cruz y Víctor Hugo Flavio Pillaca, respectivamente), de cuya revisión, se advirtió con total claridad la falta de identidad de los datos referidos a "fecha de emisión y caducidad" que obraban en los documentos cuestionados con aquellos que obraban en el registro histórico de la SUCAMEC y que correspondían a los documentos que sí había emitido.

Asimismo, es de resaltar que con Oficio N° 08603-2017-SUCAMEC-GSSP de fecha 6 de diciembre de 2017, la SUCAMEC había ratificado la información contenida en los Memorandos N° 03283-2017-SUCAMEC-GSSP y N° 1098-2016-SUCAMEC-GSSP, resultando que a través de este último, declaró que las fechas de emisión y caducidad obrantes en los carnés cuestionados no correspondían siquiera con el tamaño de la letra de un carné original, por lo que consideró que los carnés cuestionados habían sido "alterados".

Lo antes expuesto resultó de gran relevancia, pues el agente emisor de los carnés cuestionados había manifestado no solo que las fechas de emisión y caducidad diferían de aquellas que obraban en sus registros oficiales, sino que de la revisión a los documentos cuestionados, se advertía que el tamaño de la letra no coincidía con aquel que correspondía a un carné original, hecho que abundó en la generación de convicción que los carnés que se emitió a favor del personal propuesto por el Contratista habían sido alterados en su contenido.

- ix. En tal sentido, se tuvo presente que conforme a reiterados pronunciamientos de este Tribunal, resultaba sumamente relevante atender a lo señalado por la SUCAMEC, la cual había manifestado que las fechas de emisión y caducidad de los carnés cuestionados no correspondían con las fechas que obraban en sus registros de emisión de carnés históricos, advirtiendo además que el tamaño de letra de dichos datos no concordaba con el tamaño de un carné original, lo que evidenciaba, a su parecer, su alteración, información que fue ratificada ante este Tribunal con Oficio N° 08603-2017-SUCAMEC-GSSP.

Tales manifestaciones, permitieron llegar a la convicción que los carnés cuestionados no resultaban ser aquellos que la SUCAMEC emitió a favor del personal del Contratista (cuyos datos debían corresponder con el registro histórico que había sido remitido reiteradamente por la SUCAMEC), sino, por el contrario, evidenciaban que los carnés materia de cuestionamiento eran documentos **adulterados**, situación que fue advertida por el propio agente emisor con Memorando N° 1098-2016-SUCAMEC-GSSP y ratificada con Oficio N° 08603-2017-SUCAMEC-GSSP, al habersele atribuido una declaración que este no había efectuado (fecha de emisión y caducidad), lo que afectó la autenticidad de los documentos objeto de análisis.

- x. En consecuencia, sobre la base de los argumentos expuestos en los acápites precedentes, se evidenció que el Contratista había presentado documentación adulterada, consistentes en los carnés de identidad de su personal de seguridad presentados para la suscripción del Contrato. Por lo tanto, se generó la convicción que el Contratista había incurrido en la infracción que estuvo prevista en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, conforme a los fundamentos expuestos.

2. Mediante escrito presentado el 5 de enero del 2018 año ante la Mesa de Partes del Tribunal, la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, quien comunica que fue absorbida por fusión por la empresa INNOVA SEGURIDAD S.A.C., siendo el apoderado de esta quien suscribe el recurso, en adelante el **Impugnante**, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 0008-2018-TCE-S3 del 3 de enero de 2018, solicitando que se revoque la misma, señalando para ello lo siguiente:

- i. El 5 de enero de 2018, la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ha sido absorbida por fusión por la empresa INNOVA SEGURIDAD S.A.C.; esto como resultado de un procedimiento de inscripción registral iniciado con anterioridad a la emisión de la resolución recurrida.

Por lo tanto, alega que por mandato expreso de la Opinión N° 062-2017/DTN que tiene condición de vinculante, y que señala que no será factible determinar la aplicación firme de una sanción si es que antes de la resolución que la confirma se inscribe la fusión correspondiente, lo cual ha sucedido en el presente caso, el Tribunal deberá proceder a poner fin a este procedimiento administrativo sancionador por causa sobreviviente que

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

determina la imposibilidad de continuarlo; en este caso, ante la desaparición, vía extinción, de la personería jurídica, no pudiendo haber otra interpretación en contrario, ya que es imposible sancionar a una persona jurídica que ha dejado de existir y que no cuenta con sanción firme.

- ii. En ese sentido, al ya no existir la persona jurídica sancionada, por cuanto se ha extinguido la misma, y considerando que la resolución recurrida aun no es firme, el Colegiado deberá disponer la conclusión del procedimiento sancionador.

- iii. Solicita el uso de la palabra.

- 3. Mediante escrito presentado el 8 de enero del 2018 año ante la Mesa de Partes del Tribunal, la empresa INNOVA SEGURIDAD S.A.C. (subrogante por absorber por fusión a la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA), en adelante el **Impugnante**, subsanó el recurso de reconsideración interpuesto con fecha 5 de enero de 2018, solicitando que se revoque la Resolución N° 0008-2018-TCE-S3 del 3 de enero de 2018, reiterando lo antes expuesto y precisando lo siguiente:

- i. Al haber sido absorbida por fusión la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, y por ende encontrarse extinta, no solo se hace imposible que se siga sustanciando el presente procedimiento administrativo sancionador, sino que por mandato expreso de lo señalado en el numeral 6.3 del Decreto Legislativo N° 1310, su representada, y para los exclusivos fines de la defensa de este procedimiento y la interposición del recurso, se subroga en lugar de la empresa extinta, siendo este escrito la comunicación formal de ello. En ese sentido, todos los escritos y demás providencias deberán entenderse por orden legal con su representada.

- ii. Asimismo, detalla que con escritura pública de fecha 21 de diciembre de 2017, efectuada ante el Notario Público de Lima Jorge Zuleta Guimet, la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA fue absorbida por fusión por la empresa INNOVA SEGURIDAD S.A.C., siendo la principal consecuencia que la personería jurídica de la primera se extinga, conforme a los criterios vinculantes de las Opiniones N° 043-2016/DTN y N° 062-2017/DTN, calificados como tal en la Opinión N° 211-2017/DTN, es decir téngaseles

como "interpretación auténtica" de la normativa de contrataciones.

- iii. Así también, afirma que el OSCE valida la aplicación supletoria del artículo 186 de la Ley N° 27444, que señala que se podrá fin al procedimiento por causa sobrevenida que determine la imposibilidad de continuarlo, lo que en el presente caso constituye una imposibilidad de sancionar a una empresa que se ha extinguido y que no cuenta con sanción firme, al encontrarse en trámite el recurso de reconsideración.
4. Con decreto del 9 de enero de 2018, se puso a disposición de la Tercera Sala del Tribunal el recurso de reconsideración interpuesto, programándose la audiencia pública respectiva para el 17 de enero de 2018.
5. El 17 de enero de 2018 se llevó a cabo la audiencia pública solicitada en el expediente, haciendo uso de la palabra el Impugnante.
6. Mediante escrito presentado el 18 de enero de 2018 ante el Tribunal, el Impugnante señaló que no debe haber ningún cuestionamiento en relación a la veracidad de las actas de junta general de accionistas de fecha 6 de junio de 2017 y que fundamentaron la fusión por absorción, no debiendo dudarse respecto de la fecha de las mismas.
7. Con decreto del 19 de enero de 2018, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Impugnante.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa **INNOVA SEGURIDAD S.A.C.** (subrogada al absorber por fusión a la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA), contra lo dispuesto en la Resolución N° 0008-2018-TCE-S3 de fecha 3 de enero de 2018, mediante la cual se sancionó con inhabilitación temporal por el periodo de cuarenta (40) meses de inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado a la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, por su responsabilidad en la presentación de documentación adulterada como parte de la documentación necesaria para suscribir el contrato derivado del Concurso Público N° 004-2015-INGEMMET/CE - Primera Convocatoria, convocado por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico; infracción

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

administrativa que estuvo tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, en adelante la **Ley**, y su Reglamento, en lo sucesivo el **Reglamento**, norma vigente al momento de producirse los hechos imputados¹⁰ y bajo cuya vigencia, a su vez, se ha generado el expediente, por lo que dichas normas resultan aplicables a la tramitación del recurso de reconsideración interpuesto.

Sobre la procedencia del recurso de reconsideración.

2. El recurso de reconsideración en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de este Tribunal se encuentra regulado en el artículo 231 del Reglamento de la nueva Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF. A tenor de lo dispuesto en el citado artículo, dicho recurso debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes¹¹ de notificada la resolución que impone la sanción y resuelto en el término de quince (15) días hábiles improrrogables a partir de su presentación sin observaciones o de la subsanación respectiva.

En relación a lo expuesto, corresponde a esta Sala determinar si el recurso materia de análisis fue interpuesto oportunamente, es decir dentro del plazo otorgado expresamente por la normativa para dicho fin.

3. Atendiendo a la norma antes glosada, así como de la revisión de la documentación obrante en autos y en el sistema del Tribunal, se aprecia que la Resolución N° 0008-2018-TCE-S3 fue notificada al Impugnante el 3 de enero de 2018, a través del Toma Razón Electrónico ubicado en el portal institucional del OSCE.

Estando a lo anterior, se advierte que el Impugnante podía interponer válidamente su recurso correspondiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, en virtud de lo establecido en el artículo 231 del Reglamento, es decir, hasta el 10 de enero de 2018¹².

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Impugnante, quien además se subrogó en la posición de la empresa sancionada: SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD

¹⁰ Conforme a lo dispuesto por el artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, en principio, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

¹¹ Oportunidad en la cual solo podrá solicitar el uso de la palabra.

¹² Considerando que el 1 de noviembre 2017 fue día feriado, según lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 713.

COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, en el presente procedimiento administrativo sancionador, en virtud de lo señalado en el numeral 6.3 del Decreto Legislativo N° 1310¹³, presentó su recurso de reconsideración el 5 de enero de 2018 y lo subsanó el 8 del mismo mes y año ante la Mesa de Partes del Tribunal, se advierte que este fue interpuesto dentro del plazo previsto.

Sobre los argumentos de los recursos de reconsideración.

4. En principio, cabe indicar que los recursos administrativos son mecanismos de revisión de actos administrativos¹⁴. En el caso específico de los recursos de reconsideración, lo que el administrado requiere es la revisión de la decisión ya adoptada, por parte de la misma autoridad que emitió el acto que impugna. Para tal efecto, el administrado somete a consideración de esa autoridad los nuevos elementos que considera atendibles y suficientes para revertir el sentido de la decisión adoptada.

En ese sentido, el recurso de reconsideración tiene por objeto que se revoque, reforme o sustituya un acto administrativo, con tal fin los administrados deben desvirtuar fehacientemente los argumentos que motivaron la expedición o emisión de dicho acto, ofreciendo elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido.

Recordemos que *"Si la administración adopta una decisión lo lógico es que la mantenga, a no ser que excepcionalmente se aporten nuevos elementos, a la vista de los cuales se resuelva rectificar lo decidido (...)"*¹⁵. En efecto, ya sea que el órgano emisor del acto recurrido no haya valorado algún elemento con el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho acto o que haya existido un error en la valoración fáctica y jurídica al momento de emitir el mismo, lo cierto es que en ambos casos, los argumentos planteados por el recurrente estarán orientados exclusivamente a cuestionar el acto administrativo previamente emitido, en base al cual se efectuará el examen.

13 6.3 Las sociedades absorbentes o incorporantes se subrogarán de manera automática en la posición de las sociedades que se extinguen en todo procedimiento administrativo que se encuentre en trámite referido a las sociedades se disuelven por la fusión, desde la fecha de la comunicación de la fusión a la entidad pública correspondiente.

14 GUZMAN NAPURI, Christian. MANUAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Pacífico Editores, Lima, 2013. Pág. 605.

15 GORDILLO, Agustín. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS. 11ª edición. Buenos Aires, 2016. Tomo 4. Pág. 443.

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

Bajo dicha premisa, corresponde evaluar, en base a los argumentos y/o instrumentales aportados por el Impugnante en su recurso, si existen nuevos elementos de juicio que generen convicción en este Colegiado a efectos de revertir la sanción impuesta a través de la resolución impugnada. Debe destacarse que todo acto administrativo goza, por principio, de la presunción de validez. En tal sentido, a continuación se procederá a evaluar los elementos aportados por el Impugnante, a efectos de determinar si existe sustento suficiente para revertir, como pretende, el sentido de la decisión adoptada.

5. Con dicha finalidad, teniendo en consideración que la sanción impuesta obedeció a que el Impugnante presentó documentación adulterada como parte de la documentación necesaria para la suscripción del contrato derivado del proceso de selección, corresponde verificar si ha aportado nuevos elementos en su recurso que ameriten dejar sin efecto la resolución recurrida.

Bajo tales consideraciones, en este punto cabe traer a colación los argumentos del Impugnante, según lo expuesto en su respectivo recurso de reconsideración, los cuales serán desarrollados durante el presente análisis.

6. Así, el Impugnante manifiesta que el 5 de enero de 2018 su representada ha absorbido a la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (empresa sancionada), esto como resultado de un procedimiento de fusión, cuya inscripción registral se inició con anterioridad a la emisión de la resolución recurrida.

Por lo tanto, alega que por mandato expreso de las Opiniones N° 062-2017/DTN y N° 043-2016/DTN, emitidas ambas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE y que, en mérito de lo resuelto en la Opinión N° 211-2017/DTN, tienen naturaleza vinculante al ser "interpretación auténtica" de la normativa, se ha establecido que cuando se encuentre en curso un procedimiento sancionador, sin que cuente con resolución o sanción firme, y el Tribunal tome conocimiento de la extinción de la persona jurídica submateria, corresponderá que se emita una resolución que ponga fin al procedimiento administrativo sancionador; ello, toda vez que la extinción de una sociedad incurso en un procedimiento administrativo sin sanción firme, constituye una causa sobreviniente que determina la imposibilidad de continuarlo.

Asimismo, afirma que el OSCE valida la aplicación supletoria del artículo 186 de la Ley N° 27444, que señala que se podrá fin al procedimiento por causa sobreviniente que determine la imposibilidad de continuarlo, lo que en el presente caso constituye

una imposibilidad de sancionar a una empresa que se ha extinguido y que no cuenta con sanción.

7. En vista que el Impugnante ha hecho referencia a Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa, corresponde señalar que en virtud de lo establecido en el artículo 124 del Reglamento, **solo constituyen precedentes de observancia obligatoria los acuerdos de Sala Plena emitidos por el Tribunal**, que interpretan de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la Ley y el Reglamento. En tal sentido, las Opiniones N° 062-2017/DTN, N° 043-2016/DTN y N° 211-2017/DTN (emitidas en el marco de consultas formuladas ante la Dirección Técnica Normativa), y que han sido traídas a colación por el Impugnante, como pretendido respaldo de su posición, **no constituyen ningún precedente de carácter vinculante que pueda condicionar el sentido del pronunciamiento de esta Sala, respecto a decisiones de su exclusiva competencia, otorgada por la normativa de contratación pública.**

 Sin perjuicio de lo expuesto, en relación a las citadas opiniones, corresponde efectuar algunas precisiones. En relación a la Opinión N° 211-2017/DTN, es preciso señalar que conforme a sus propios considerandos y a la tercera disposición complementaria final de la normativa de contrataciones del Estado vigente, las opiniones emitidas por el OSCE no cuentan, de forma expresa, con carácter vinculante, a diferencia de lo previsto en la anterior normativa (Decreto Legislativo N° 1017)¹⁶.

8. Adicionalmente, respecto a la competencia del Tribunal, de conformidad con el artículo 50 de la Ley, es competencia de esta autoridad sancionar a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando incurran en infracciones administrativas ; asimismo, es importante anotar que de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, el Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que si bien forma parte de la estructura administrativa del OSCE cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, entre las que se encuentra: **aplicar las sanciones que correspondan** a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas, en los casos en que se determine que aquellos han incurrido en alguna de las infracciones tipificadas en el numeral 50.1 del artículo 50 de la misma Ley, tal como aquella que es imputada en el presente caso.


16

Tercera.- Las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE. El criterio establecido mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal.

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

Con relación a la competencia y atribuciones del Tribunal, el artículo 219 del Reglamento establece que: *"La facultad de imponer las sanciones a que se refiere el artículo 50 de la Ley a proveedores, participantes, postores y contratistas, 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.**"*

Las disposiciones antes citadas, evidencian que es competencia y atribución otorgada por Ley, la facultad de determinar que un administrado ha cometido alguna de las infracciones administrativas previstas en el artículo 50 de la Ley; dicha competencia es indelegable y exclusiva, la misma que no puede ser asumida por ninguna entidad u órgano administrativo, sin perjuicio que sus resoluciones puedan ser objeto de revisión por los órganos jurisdiccionales competentes.

En tal sentido, corresponde señalar que si bien la Dirección Técnico Normativa absuelve consultas de carácter general, en relación directa con el sentido y alcance de la normativa de contrataciones, ello no implica que por ello se sustituya en las facultades otorgadas por la Ley y el Reglamento a este Tribunal, el cual es el único competente para determinar la comisión de infracciones administrativas tipificadas en la Ley de Contrataciones del Estado, siendo autónomo en la resolución de los casos puestos en su conocimiento, no pudiendo pretender el Impugnante que las opiniones que emite la Dirección Técnico Normativa, de alguna forma, desconozcan la competencia autónoma y exclusiva que tiene el Tribunal, por cuanto estas no deben atentar contra la autonomía e independencia otorgada por la Ley; máxime si las consultas formuladas y que dieron origen a las Opiniones N° 062-2017/DTN, N° 043-2016/DTN, derivan de situaciones que deben ser necesariamente materia de análisis en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, y no con razón de la absolución de una determinada consulta.

9. No obstante lo expuesto, atendiendo a que el recurso presentado en el presente caso pretende sustentarse en las Opiniones N° 062-2017/DTN y N° 043-2016/DTN, corresponde efectuar las siguientes precisiones.

Así, la Opinión N° 043-2016/DTN reconoce que el Tribunal es el único competente para analizar los elementos que determine la comisión de infracciones administrativa, conforme se aprecia a continuación:

*"Con relación a ello, el artículo 235 del Reglamento establece que: **"La facultad de imponer sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva,***

sanción económica, suspensión temporal o inhabilitación permanente a que se contraen los artículos 51º y 52º de la Ley, a proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y árbitros, según corresponda, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, **reside en exclusividad en el Tribunal.**" (El subrayado es agregado)

De las disposiciones citadas, se advierte que **el Tribunal de Contrataciones del Estado es el único que tiene potestad para imponer sanciones** a los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las infracciones previstas en la Ley.

(...)

Ahora bien, conforme al artículo 186 de la Ley N° 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General", aplicable supletoriamente al procedimiento administrativo sancionador llevado a cabo por el Tribunal de Contrataciones del Estado, "(...) pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevinientes que determinen la imposibilidad de continuarlo".

Siendo esto así, cuando durante la tramitación de un procedimiento sancionador ocurra alguna circunstancia sobreviniente que haga imposible su continuación, el Tribunal de Contrataciones del Estado **podrá** emitir una resolución que ponga fin al procedimiento.

Al respecto, cabe anotar que la extinción de una sociedad que se encuentra incurso en un procedimiento sancionador por habersele imputado la comisión de alguna de las infracciones previstas en el numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley constituye una causa sobreviniente que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento sancionador, ello toda vez que es imposible sancionar a una persona que ha dejado de existir. Por tanto, ante esta situación, el Tribunal de Contrataciones del Estado debe emitir una resolución que ponga fin al procedimiento sancionador.

(...)

Por tanto, **en el supuesto que el Tribunal emita una resolución sancionando a una sociedad cuya extinción hubiese quedado inscrita en los Registros Públicos con anterioridad a la notificación de dicha resolución**, corresponde solicitar su nulidad o cuestionarla ante las instancias correspondientes, a fin de que la sanción quede sin efecto, solo así el OSCE podrá excluir al proveedor del Registro de Inhabilitados para Contratar con el

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

Estado. En caso contrario, solo procederá dicha exclusión cuando se haya cumplido la sanción."

(El resaltado en nuestro).

Nótese que conforme a la precitada opinión, la Dirección Técnico Normativa también reconoce que el Tribunal de Contrataciones del Estado es el único que tiene potestad para imponer sanciones a los proveedores, precisando que corresponde a este **evaluar** si en el transcurso de un procedimiento administrativo sancionador, en el cual se advierta una causa sobreviniente, como sería la extinción de una persona jurídica, ameritará emitir una resolución que ponga fin al procedimiento. Asimismo, corresponde precisar que esta opinión, a su vez, detalla que **la inscripción de la fusión y con ello la extinción de la empresa absorbida debe haberse inscrito con anterioridad a la notificación de la resolución que determinó la imposición de una sanción.**

Por su parte, se advierte que la Opinión N° 062-2017/DTN reitera que el Tribunal es el único competente para analizar los elementos que determine la comisión de infracciones administrativa, conforme se aprecia a continuación:

A "2.1.1 **En relación a la consulta, cabe precisar que mediante opinión no se puede establecer si una determinada sanción debe o no ser impuesta en el marco de un procedimiento administrativo seguido ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, dado que no es competencia del OSCE opinar sobre las resoluciones de dicho Colegiado.**

(...)

Con relación a ello, el artículo 219 del Reglamento establece que: "La facultad de imponer las sanciones a que se refiere el artículo 50 de la Ley a proveedores, participantes, postores y contratistas, 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." (El subrayado es agregado)

*De las disposiciones citadas, se advierte que **el Tribunal de Contrataciones del Estado es el único que tiene potestad para imponer sanciones a los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las infracciones previstas en la Ley.***

(...)

2.1.4 Asimismo, conforme al artículo 186 de la Ley N° 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General", aplicable supletoriamente al procedimiento administrativo sancionador llevado a cabo por el Tribunal de Contrataciones del Estado, "(...) pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevinientes que determinen la imposibilidad de continuarlo".

Siendo esto así, cuando durante la tramitación de un procedimiento sancionador ocurra alguna circunstancia sobreviniente que haga imposible su continuación, **el Tribunal de Contrataciones del Estado evaluará si corresponde emitir una resolución que ponga fin al procedimiento.**

Al respecto, cabe anotar que la extinción de una sociedad que se encuentra incurso en un procedimiento sancionador por habersele imputado la comisión de alguna de las infracciones previstas en el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley constituye una causa sobreviniente que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento sancionador, ello toda vez que es imposible sancionar a una persona que ha dejado de existir.

Por tanto, en el supuesto que el Tribunal -durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador- advierta la extinción de una persona jurídica, como consecuencia de una fusión por absorción, debidamente inscrita en los registros, con anterioridad a la notificación de la resolución firme, **evaluará si corresponde emitir una resolución que ponga fin al procedimiento**, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 11 de la Ley y en el literal c) del artículo 248 del Reglamento y otros impedimentos."

(El resaltado en nuestro).

Nótese que, conforme a lo antes citado, la Dirección Técnico Normativa reconoce en la opinión citada por el Impugnante, que el Tribunal de Contrataciones del Estado es el único que tiene potestad para imponer sanciones a los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las infracciones previstas en la Ley, precisando que corresponde a este **evaluar** si en el transcurso de un procedimiento administrativo sancionador en el cual se advierta la extinción de una persona jurídica, como consecuencia de una fusión por absorción y debidamente inscrita en los registros, ameritará emitir una resolución que ponga fin al procedimiento.

10. En línea con lo desarrollado, se aprecia que las opiniones traídas a colación en el recurso interpuesto por el Impugnante, reconocen la potestad única y excluyente que tiene el Tribunal para la imposición de sanciones administrativas, al determinar

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

la comisión de las infracciones previstas en la Ley. Es así que premunido de dicha potestad, el Tribunal analiza los casos puestos en su conocimiento, evaluando para ello los hechos materia de denuncia, así como otros elementos aportados durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador.

11. Señala también el Impugnante que con escritura pública de fecha 21 de diciembre de 2017, efectuada ante el Notario Público de Lima Jorge Zuleta Guimet, la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA fue absorbida por fusión por la empresa INNOVA SEGURIDAD S.A.C. (el Impugnante); resultando, como principal consecuencia, que la personería jurídica de la primera se extinga, lo cual debe interpretarse como una causa sobreviniente que permita concluir el procedimiento, conforme a lo señalado en el artículo 186 de la Ley N° 27444, lo que en el presente caso constituye una imposibilidad de sancionar a una empresa que se ha extinguido y que no cuenta con sanción firme, al encontrarse en trámite el recurso de reconsideración.

12. Al respecto, el artículo 344 de la Ley N° 26887- Ley General de Sociedades (en adelante LGS), dispone que, por la fusión, dos o más sociedades se reúnen para formar una sola, de ello puede resultar la creación de una nueva sociedad o la absorción de una de las sociedades por otra ya existente. En suma, la fusión puede concretarse de la siguiente forma:

- a) La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad, lo cual es conocido como fusión por incorporación.
- b) La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas, a lo que se le conoce como fusión por absorción.

De la disposición citada debe notarse que, como consecuencia de una fusión por absorción, **se produce la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas.**

Cabe precisar que, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley General de Sociedades, como regla general, **las sociedades adquieren personalidad jurídica desde su inscripción en los Registros Públicos y la mantienen hasta que se inscribe su extinción.**

13. En virtud de lo anterior, corresponde advertir que en el Asiento B00005¹⁷ de la Partida Electrónica N° 11805952 del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral de Lima, perteneciente a la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (empresa sancionada), se inscribió la fusión por absorción de esta empresa y el cierre de su partida registral, sobre la base de la escritura pública de fecha 21 de diciembre de 2017, cuyo trámite de inscripción se dio en la misma fecha y culminó el 5 de enero de 2018, oportunidad en esta última en la cual recién dicha fusión quedó inscrita, logrando con ello publicidad registral, conforme se aprecia a continuación:

Asiento B00005

"(...)

FUSIÓN (ABSORBIDA): POR ESCRITURA PÚBLICA DEL 21/12/2017 OTORGADA ANTE NOTARIO DR. ZULETA GUIMET, JORGE FERNANDO EN LA CIUDAD DE LIMA Y POR JUNTA GENERAL DEL 06/06/2017, SE ACORDÓ: APROBAR LA FUSIÓN DE LA SOCIEDAD DEL RUBRO EN CALIDAD DE ABSORBIDA, CON LA SOCIEDAD **INNOVA SEGURIDAD SOECIDAD ANÓNIMA CERRADA**, INSCRITA EN LA PARTIDA N° 12917907 DEL REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS DE LIMA, ESTA ÚLTIMA EN LA CALIDAD DE ABSORBENTE; COMO CONSECUENCIA DE LA FUSIÓN, LA SOCIEDAD SE EXTINGUIRÁ SIN NECESIDAD DE LIQUIDACIÓN. FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA DE LA FUSIÓN; A LA FECHA DE OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA. ACTA INSERTA A FOJAS 05 A 17 DEL LIBRO DE ACTAS DE JUNTA GENERAL N° 02, LEGALIZADO CON FECHA 28/04/2017 ANTE NOTARIO DE LIMA DR. LUIS BENJAMIN GUTIERREZ ADRIANZEN, BAJO EL N° 25066-2017. EL TÍTULO FUE PRESENTADO EL 21/12/2017 A LAS 04.22:35 PM HORAS, BAJO EL N° 2017-02757393 DEL TOMO DIARIO 0492. DERECHO COBRADOS S/ 1,270.00 SOLES CON RECIBO (S) NÚMERO (S) 00000001-782 00037601-201.LIMA, 05 DE ENERO DE 2018.

LA PRESENTE PARTIDA QUEDA CERRADA COMO CONSECUENCIA DE LA FUSIÓN DE LA SOCIEDAD DEL RUBRO EN CALIDAD DE ABSORBIDA, CON LA SOCIEDAD "INNOVA SEGURIDAD SOECIDAD ANÓNIMA CERRADA", INSCRITA EN LA PARTIDA N° 12917907 DEL REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS DE LIMA. SE EFECTÚA LA PRESENTE DE CONFORMIDAD CON EL ART. 121 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO DE SOCIEDADES."

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

Asimismo, respecto de la empresa absorbente, INNOVA SEGURIDAD SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, obra en el Asiento B00001¹⁸ de la Partida N° 12917907 la inscripción de la fusión antes detallada, dando cuenta que la empresa sancionada ha sido absorbida por esta. Dicha inscripción ha sido registrada el 5 de enero de 2018.

Estando a lo expuesto, se tiene que mediante escritura pública del 21 de diciembre de 2017, se formalizó el acuerdo de fusión, previamente adoptado el 6 de junio de 2017 por la Junta de Accionistas de la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (empresa sancionada), sociedad absorbida por la empresa INNOVA SEGURIDAD SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA. Dicho documento público quedó finalmente inscrito ante los Registros Públicos el 5 de enero de 2018, cerrándose así, a partir de tal fecha, la partida registral correspondiente a la empresa sancionada.

14. Ahora bien, respecto a la condición que tuvo el Impugnante a la fecha de emisión de la resolución recurrida, esto es, al **3 de enero de 2018**, cabe señalar que, conforme se ha señalado previamente, en el supuesto de fusión por absorción, para que se produzca la extinción de la personalidad jurídica de la empresa absorbida, es requisito indispensable que la fusión se encuentre efectivamente inscrita en su respectiva partida registral, conforme a lo señalado en el artículo 6 de la Ley General de Sociedades, por cuanto las sociedades adquieren personalidad jurídica desde su inscripción en los Registros Públicos y la mantienen hasta que se inscribe su extinción.

Al respecto, conforme al detalle que obra en el Asiento B00005¹⁹ de la Partida Electrónica N° 11805952, el 21 de diciembre de 2017 se presentó ante los Registros Públicos la escritura pública de la misma fecha (a través de la cual se formalizó el acuerdo de fusión del 6 de junio de 2017). Dicho trámite generó que el título presentado sea inscrito el 5 de enero de 2018 en la partida respectiva, generando con ello el cierre de la misma, atendiendo a la extinción de la personería jurídica de la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (empresa sancionada). Es decir, **la extinción de la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (empresa sancionada) se dio recién el 5 de enero de 2018**, esto es, con posterioridad a la emisión de la resolución recurrida (emitida el 3 de enero de 2018), conforme se aprecia del Asiento B00005²⁰ de la Partida Electrónica N° 11805952.

18. Obrante en f. 655 del expediente administrativo.

19. Obrante en f. 654 del expediente administrativo.

20. Obrante en f. 654 del expediente administrativo.

15. En ese sentido, se advierte con claridad que al momento de la emisión y notificación de la Resolución N° 0008-2018-TCE-S3 (el 3 de enero de 2018), la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA aún conservaba su personalidad jurídica. Por ello, aun cuando el Impugnante, vía recurso de reconsideración, argumente que en dicha fecha la fusión se encontraba en "proceso de inscripción en los Registros Públicos", lo cierto es que la fusión no se encontraba jurídicamente concretada y, por ende, la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA mantenía su personalidad jurídica; ello, de conformidad con lo previsto en los artículos 6 y 353 de la Ley General de Sociedades, así como de la información detallada en la Partida Registral N° 11805952. En tal sentido, la decisión contenida en la Resolución N° 0008-2018-TCE-S3 del 3 de enero de 2018, es un acto administrativo que ha sido válidamente emitido contra una persona jurídica existente en ese momento.

 En ese sentido, la resolución recurrida fue emitida, determinando la responsabilidad e imponiendo sanción a una persona jurídica existente en ese entonces, lo que no se desvirtúa por el hecho que, en forma posterior a la válida emisión de la resolución, dicha persona jurídica se haya extinguido, resultando que tal hecho no invalida la resolución emitida el 3 de enero de 2018.

En líneas generales, todas las resoluciones que imponen una sanción no sujetan su validez a las modificaciones que se produzcan en la situación del administrado en forma posterior a su emisión, de manera tal que la eventual extinción de una persona jurídica, en forma posterior a la imposición de una sanción, no torna inválido el acto administrativo emitido. En ese sentido, mal podría acusarse la invalidez de la resolución recurrida, por el hecho que, en forma posterior a su emisión, la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA haya concluido su proceso de fusión, como pretende el Impugnante.

16. Asimismo, debe recordarse que el recurso de reconsideración tiene por objeto que se revoque, reforme o sustituya un acto administrativo, y con tal fin los administrados deben desvirtuar los fundamentos que motivaron la expedición o emisión de dicho acto, a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido. Dicha situación no se evidencia en el presente caso, pues el Impugnante no ha logrado desvirtuar los fundamentos expresados en la resolución recurrida. Al respecto,

Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

corresponde advertir que criterio similar al adoptado en el presente caso, ha sido determinado por el Tribunal de Contrataciones del Estado en otras ocasiones²¹.

En tal sentido, como ya se mencionó en la parte introductoria de la fundamentación, en el caso específico de los recursos de reconsideración, lo que el administrado requiere es la revisión de la decisión ya adoptada, por parte de la misma autoridad que emitió el acto que se impugna. Para tal efecto, los administrados deben desvirtuar fehacientemente los argumentos que motivaron la expedición o emisión de dicho acto, ofreciendo elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido.

Recordemos que *"Si la administración adopta una decisión lo lógico es que la mantenga, a no ser que excepcionalmente se aporten nuevos elementos, a la vista de los cuales se resuelva rectificar lo decidido (...)"*²². En efecto, ya sea que el órgano emisor del acto recurrido no haya valorado algún elemento con el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho acto o que haya existido un error en la valoración fáctica y jurídica al momento de emitir el mismo, lo cierto es que en ambos casos, los argumentos planteados por el recurrente estarán orientados exclusivamente a cuestionar el acto administrativo previamente emitido, en base al cual se efectuará el examen.

En el presente caso, no hay ningún elemento en el recurso de reconsideración interpuesto que desvirtúe los fundamentos y que amerite rectificar lo analizado y decidido en la resolución recurrida, y por ende, no corresponde acoger la pretensión impugnatoria.

17. Por otro lado, es importante destacar que de conformidad con diversos pronunciamientos de este Tribunal²³, se ha dispuesto en otros casos declarar no haber lugar a la imposición de sanción, fundado en un recurso de reconsideración o incluso la nulidad de una resolución emitida, siempre que se haya verificado la extinción de la personalidad jurídica producida con la debida inscripción registral, por haberse concretado una fusión por absorción (incluida la inscripción registral de la extinción), de un administrado inmerso en un procedimiento administrativo sancionador, con anterioridad a la emisión de los pronunciamientos

²¹ Véase, por ejemplo, la Resolución N° 0019-2017-TCE-S4.

²² GORDILLO, Agustín. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS. 11ª edición. Buenos Aires, 2016. Tomo 4. Pág. 443.

²³ Véase, por ejemplo, las Resoluciones N° 2322-2013-TC-S3, 2425-2015-TCE-S1, 0019-2017-TCE-S4, 1991-2017-TCE-S3, 2009-2017-TCE-S3, N° 2362-2017-TCE-S1 y 2414-2017-TCE-S2, entre otras.

correspondientes, situación que no se advierte en el presente caso, por cuanto la extinción de la personalidad jurídica de la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA se ha dado con posterioridad a la emisión de la resolución recurrida (5 de enero de 2018).

18. Por lo tanto, se advierte que al no haberse realizado una incorrecta valoración de los medios de prueba aportados, no se advierte algún elemento que invalide o vicie la decisión adoptada; pues, en su momento, se resolvió imponiendo la referida sanción administrativa sobre la base del análisis de todos los medios aportados, oportunidad en la cual la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA aún mantenía su personalidad jurídica.

19. En consecuencia, atendiendo a que el Impugnante no ha aportado elementos de juicio por cuya virtud deba modificarse la decisión que se adoptó en la resolución recurrida, se evidencia que este no ha logrado revertir los fundamentos que determinaron la imposición de sanción en contra de la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, sanción que, además, resulta ser absolutamente razonable y proporcional a criterio de este Colegiado. Por lo tanto, corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración planteado, confirmándose todos los extremos consignados en la resolución recurrida.

Por estos fundamentos, con el informe del Vocal Ponente Peter Palomino Figueroa, y la intervención de los Vocales Mario Arteaga Zegarra y Antonio Corrales Gonzales; atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 015-2017-OSCE/CD del 9 de mayo de 2017, así como en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 50 y 59 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016; analizados los antecedentes, y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa empresa INNOVA SEGURIDAD S.A.C. (subrogada al absorber por fusión a la empresa SECURITY AND GENERAL SERVICE SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor
de las Contrataciones
del Estado

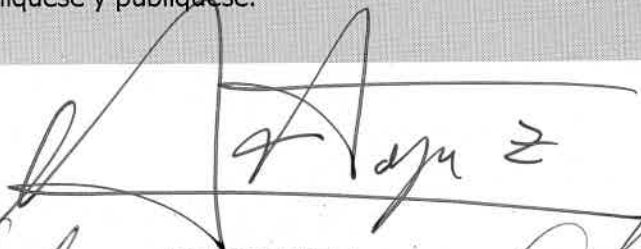
Tribunal de Contrataciones
del Estado

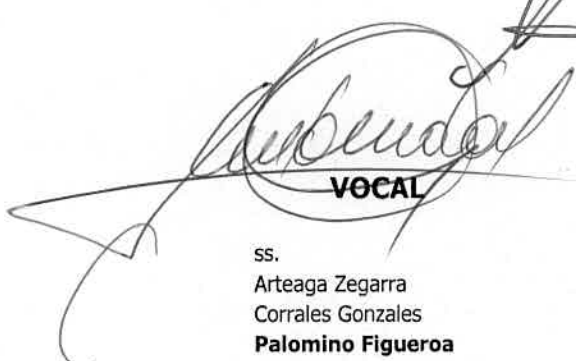
Resolución N° 0224-2018-TCE-S3

LIMITADA, con **R.U.C. N° 20511845051**) contra lo dispuesto en la Resolución N° 0008-2018-TCE-S3 de fecha 3 de enero de 2018, que determinó su responsabilidad al haber presentado documentación adulterada como parte de la documentación necesaria para suscribir el contrato derivado del Concurso Público N° 004-2015-INGEMMET/CE - Primera Convocatoria, convocado por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico; infracción administrativa que estuvo tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, y por la cual se le impuso sanción administrativa de inhabilitación en sus derechos, la cual se confirma en su totalidad, por los fundamentos expuestos.

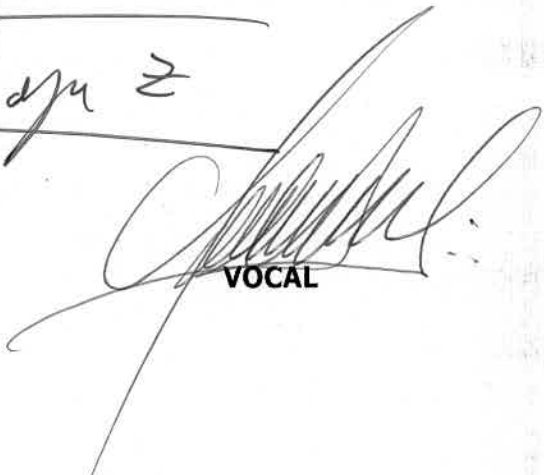
2. Ejecutar la garantía presentada por el Impugnante para la interposición de su recurso de reconsideración.
3. Poner la presente resolución en conocimiento de la Dirección Técnico Normativa/OSCE.
4. Disponer que la Secretaría del Tribunal registre lo dispuesto en la presente a través del módulo informático correspondiente.
5. Con la presente resolución se agota la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PRESIDENTE


VOCAL

SS.
Arteaga Zegarra
Corrales Gonzales
Palomino Figueroa


VOCAL

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 03.10.12".

6