



Giovanna P. García Saavedra^(*)(^{**})

La **acreditación de experiencia** como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta *vis-à-vis* realidad comercial

Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

“LOS GRUPOS ECONÓMICOS SON UN FENÓMENO MODERNO PRODUCTO DE UNA CONCENTRACIÓN EN PLURALIDAD DE LOS RECURSOS, TODA VEZ QUE CADA EMPRESA MANTIENE SU PROPIA IDENTIDAD, ES DECIR, CONSERVA UNA PERSONERÍA JURÍDICA DIFERENCIADA”.

[...] lo que pueden enseñarte los demás acaba en sí mismo, lo que aprendes por tu propia cuenta forma parte de ti. Y te será de gran ayuda. Abre los ojos, aguza el oído, haz trabajar la cabeza, descifra el significado de las cosas [...]. Ya que tienes corazón sírvete de él mientras puedas [...].”

Haruki Murakami⁽¹⁾.

Resumen: En este artículo, se analiza, a través de la interpretación de las últimas modificaciones de la normativa y conforme a los principios de la contratación pública, la posibilidad de ampliar el espectro de análisis de acreditación de experiencia de una persona jurídica cuando esta pertenece a un grupo económico. Para ello, se basa en el desarrollo de la Ley de Contrataciones del Estado y sus modificaciones, en conjunto con el papel que tiene la OSCE. Luego desarrolla la actuación de las Personas Jurídicas, que conforman grupos económicos, en la ejecución de obras, para poder acreditar la experiencia requerida por la normativa. Se concluye el artículo haciendo una comparación a través del derecho comparado para así implementar una nueva interpretación de la norma de contratación pública.

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. por la Universidad de Nueva York. Docente en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo BID. Ex Asociada Senior de la Firma Delmar Ugarte. Abogada de proyectos en la Corporación Interamericana de Inversiones (CII). Asociada en Chadbourne & Parke LLP.

(**) Para Aiden, quien me devolvió la alegría e inspiración. Agradezco también los generosos comentarios de Angie Umezawa, gran amiga y abogada con especialidad en Derecho administrativo.

(1) El Fin del Mundo y Un Despiadado País de las Maravillas.

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta vis-à-vis realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

Palabras clave: Registro Nacional de Proveedores - Contratación pública - Grupos económicos - OSCE - Organización Mundial del Comercio - Sucursales

Abstract: In this article, the author discusses, through the interpretation of recent changes in regulation and according to the principles of public procurement, the possibility of extending the range of accreditation of experience analysis to legal persons when belongs to an economic group. This is based on the development of the State Procurement Act, as amended, in conjunction with the role it plays the OSCE. Then develops the performance of legal persons, that form economic groups, in the execution of projects, in order to prove the experience required by the regulations. Finally, the article makes a comparison by comparative law in order to implement a new interpretation of the law on public procurement.

Keywords: National Register of Providers - Procurement - Economic groups - OSCE - World Trade Organization - Branches

La ejecución de obras de infraestructura (desde puentes y carreteras hasta sistemas de tratamiento de aguas residuales) constituye uno de los motores más importantes para el desarrollo de los Estados, por lo que estos despliegan buena parte de sus recursos para la consecución de las mismas. A tal efecto, conviene asegurar que el uso de dichos recursos sea el más efectivo posible y una forma de lograrlo es mejorando la eficiencia en la contratación pública⁽²⁾. En este contexto y en tanto el desarrollo de obras⁽³⁾ es una de las prioridades del Estado peruano conviene revisar la implementación de las normas de contratación estatal para la ejecución de obras en nuestro ordenamiento interno.

De acuerdo con el marco jurídico peruano, con independencia de los requisitos particulares que se pueden exigir en los distintos tipos de procesos de selección convocados por las entidades públicas⁽⁴⁾, el sistema de contrataciones del Estado

“LA COMPETENCIA TRAE CONSIGO LA APROXIMACIÓN DE LOS PRECIOS A COSTOS MARGINALES, LA REDUCCIÓN DE LOS COSTOS EN SÍ MISMOS EN LA MEDIDA QUE LOS OPERADORES COMPITEN POR SU PROPIA SUPERVIVENCIA, IMPULSA LA INNOVACIÓN Y HACE POSIBLE QUE LOS OPERADORES APRENDAN UNO DEL OTRO OCACIONANDO DE ESTA FORMA EL MEJORAMIENTO DE LOS PRODUCTOS EN BENEFICIO DE LA DEMANDA”.

exige, para los tipos de contrataciones dentro del ámbito de aplicación de estas normas, la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). Para inscribirse todo aquel interesado debe cumplir con ciertas condiciones de participación, que funcionan como criterios de elegibilidad en los procesos de selección. Estas, que serán examinadas al momento de su inscripción, son: (i) estar legalmente capacitados para contratar; (ii) tener capacidad técnica; y (iii) tener solvencia económica.

Las normas sobre contratación pública, incluidos el contenido y alcance de cada una

- (2) ESTACHE, Antonio y Atsushi, IIMI. *Procurement Efficiency for Infrastructure Development and Financial Needs Reassessed*. Washington DC: World Bank, 2008; pp: 2 y 3. Disponible en web: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/6854>
- (3) Para efectos de este artículo la palabra *obras* tiene el mismo significado que aquél utilizado en el Reglamento de la Ley General de Contrataciones del Estado (anexo de definiciones), a saber: “toda construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipo”.
- (4) Existen distintos tipos de procesos de selección, a saber: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía. Éstos serán utilizados básicamente según el objeto principal de contratación y el valor referencial que se establezca para la contratación prevista.



Giovanna García Saavedra

de las referidas condiciones, han sido objeto de cambios normativos recientes⁽⁵⁾, con el propósito de aumentar el acceso a oportunidades de contratación pública mediante el fortalecimiento de las funciones del regulador, a fin de asegurar la transparencia y competencia necesarias en los procesos de contratación. Ello respetando siempre los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano que contengan acuerdos sobre la materia, toda vez que como se establece en la normativa, los mismos prevalecen sobre las disposiciones legales internas⁽⁶⁾.

Si bien estas modificaciones no han estado exentas de críticas, este artículo busca centrarse únicamente en la acreditación de experiencia de las personas jurídicas que actúan y/o pertenecen a grupos económicos, para cumplir con la condición de capacidad técnica a fin de inscribirse en el registro de ejecutores de obras del RNP como ejecutor de obras. Y, si la aplicación de las normas en dicha materia cumple con el objeto y fin de nuestro sistema de contratación pública.

Efectivamente, conforme al marco normativo bajo revisión, la capacidad técnica de una persona jurídica se prueba

demostrando experiencia en la realización de obras. Esto es, además, uno de los componentes determinantes para asignar al solicitante una capacidad máxima de contratación, que es el límite hasta por el cual un proveedor puede ejecutar obras públicas en simultáneo⁽⁷⁾. La postura mantenida hasta la fecha por el ente regulador de las contrataciones del Estado peruano, el Organismo Supervisor de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (OSCE), es que la acreditación de experiencia de una persona jurídica nacional o extranjera no domiciliada como ejecutor de obras, sin importar su pertenencia a un grupo económico, se evalúa en función de aquella obtenida o ganada sólo por la solicitante de la inscripción en el RNP, con la ejecución de obras culminadas en los últimos cinco años⁽⁸⁾.

Este artículo pretende sostener que es posible, a través de la interpretación de la normativa

- (5) Tanto la Ley General de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo 1070, como el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, han sido modificados mediante Ley 29873 y Decreto Supremo 138-2012-EF, respectivamente, los cuales entraron en vigencia el 20 de septiembre de 2012. Es de anotar que en el caso de las modificaciones al Reglamento se estableció que algunas entrarían en vigencia en un momento ulterior o de manera progresiva.
- (6) Desde hace poco más de una década el Perú viene impulsando la celebración de acuerdos comerciales, en especial los denominados tratados de libre comercio (TLC). Estos acuerdos tienen por objeto promover la comercialización y/o prestación de bienes y/o servicios entre los Estados partes creando un sistema de promoción de inversión y eliminando las barreras que condicionan la actuación en los mercados que forman la zona de comercio (el de los Estados parte del tratado) en los términos y condiciones previstos en dichos tratados. Los TLC contienen, en su mayoría, capítulos, secciones o algunas disposiciones puntuales en materia de contratación pública. A modo de ejemplo, véase el tratado de libre comercio celebrado con los Estados Unidos de América (del 12 de abril de 2006 y en vigor desde el 1 de febrero de 2009), capítulo 9 (artículos 9.1 a 9.16 inclusive); tratado de libre comercio con Canadá (del 29 de mayo de 2008 y en vigor desde el 1 de agosto de 2009), capítulo 14 (artículos 1401 a 1417 inclusive); y tratado de libre comercio con la República Popular China (del 28 de abril de 2009, en vigor desde el 1 de marzo de 2010), artículo 151, inciso 3, literal f). Además, para una interpretación de la relación entre las normas con rango de ley y los tratados en el ordenamiento jurídico peruano véase SALMÓN, Elizabeth. *Las Normas Internacionales en la Propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*. En: *Agenda Internacional*. Año VIII, número 16, enero-julio 2002; pp. 59-81.
- (7) Véase artículo 275 del Reglamento que establece además dos fórmulas de ponderación diferenciadas atendiendo la naturaleza del sujeto en particular y domicilio, y tratándose de personas jurídicas extranjeras, si cuentan o no con sucursal en el Perú. Además, es de anotar que aquel que no tenga experiencia previa puede también inscribirse pero le será asignada una capacidad máxima de contratación hasta por un total del monto equivalente al establecido para los procesos de adjudicación directa selectiva.
- (8) El regulador viene realizando esta interpretación a partir de lo dispuesto en el artículo 274 del Reglamento y conforme a las exigencias documentales de los Procedimientos No. 56, punto 7 y 57, punto 6, del Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE, Decreto Supremo 259-2010-EF vigente desde el 17 de enero de 2011 y sus modificaciones.

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta vis-à-vis realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

vigente conforme a los principios de la contratación pública, ampliar el espectro de análisis de acreditación de experiencia de una persona jurídica cuando esta pertenece a un grupo económico y demuestra un actuar concertado y coordinado en la realización de obras. En consecuencia, a efectos de dar cumplimiento a la condición de capacidad técnica acreditando experiencia para la inscripción en el RNP se sostiene que es posible presentar como sustento información de las relacionadas en tanto se logre probar una vinculación intensa en su actuación empresarial como grupo. Esto permitiría que se cumplan los objetivos del sistema de contratación pública asegurando la concurrencia de operadores más eficientes en el mercado.

1. De las normas sobre acreditación de experiencia y su implementación por el regulador

En materia de condiciones de participación en procesos de contratación estatal, conforme a la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1070 y sus modificaciones (en adelante, la Ley), estas serán evaluadas con el objeto de inscribir a los solicitantes en el respectivo registro de ejecutores de obras del RNP. Dicho RNP tiene fundamentalmente dos propósitos: servir de herramienta para verificar que los candidatos cumplan con los criterios de elegibilidad, y, servir de

medio para combatir el fraude y corrupción en estos procesos, ya que presupone un análisis de exclusión de quienes hubieren incurrido en prácticas corruptivas y/o prohibidas, realizado por la entidad que efectuó la inscripción⁽⁹⁾.

Ahora bien, la Ley no detalla cómo se acreditarán las condiciones a ser evaluadas para inscribir a un solicitante determinado como ejecutor de obras en el registro, sino que deja dicho desarrollo a las normas reglamentarias⁽¹⁰⁾. En cualquier caso, prevé que al momento que la persona se inscriba como ejecutor de obras se le asignará una capacidad máxima de contratación calculada, en el caso de personas jurídicas, en función a dos factores. Por un lado, el capital social suscrito y pagado o los aportes dinerarios, en los términos y casos que indica la Ley, y por otro lado, la experiencia con que cuenten como ejecutores de obra⁽¹¹⁾, lo que hace que este último sea importante para quien busca su inscripción en tanto que condiciona en qué casos podría participar un proveedor en concreto.

Por su parte el Reglamento de la Ley, Decreto Supremo 184-2008-EF y sus modificaciones

(9) VAN GENDEREN-NAAR, Joyce Anne-Marie. *EU Public Procurement and the ACP-EC Cooperation*, pp. 6-7. Disponible en web: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=public%20procurement%20and%20efficiency%20principle%20in%20works%20contracts&source=web&cd=29&cad=rja&ved=0CGYQFJAIOBQ&url=http%3A%2F%2Fwww.normangirvan.info%2Fwp-content%2Fuploads%2F2009%2F06%2Farticle-joyce-vg-naar-on-eu-public-procurement-and-acp.doc&ei=pt4kUZHCe4ag9QSRpoDgDw&usg=AFQjCNEwFKt2V95rSvXOezmrrpksfG-cA&bvm=bv.42661473,d.eWU>

A mayor abundamiento, en relación a este tipo de registros Arrowsmith sugiere lo siguiente: "These may be mandatory lists, on which suppliers must register in order to guarantee their eligibility for contracts. It is the basic nature of a mandatory list that purchasers are *permitted* to restrict their contracts, or some of their contracts, to suppliers on the list, [...]. Purchasers may even be *required* to restrict participation in this way, either under relevant procurement law, or under an agreement with the registered suppliers. [...]. Mandatory lists could also be used to select participants in award procedures which do not need to be advertised at all (for example, contracts for which direct negotiation is permitted on grounds of urgency). [...] the basic advantages of lists of this type are (that) they save transaction costs for both purchasers and suppliers by allowing part of the award process for a number of contracts—in this case, the process of ascertaining some or all of the suppliers' qualifications—to be completed in a single stage. ARROWSMITH, Sue. *Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives* En: *Public Procurement Law Review*, Volumen IV, 1999; pp. 171-172.

(10) Artículo 9.- Registro Nacional de Proveedores.

9.2. El reglamento establece la organización, funciones y procedimientos del Registro Nacional de Proveedores, así como los requisitos para la inscripción y su renovación, la asignación de categorías y especialidades, [...]. En ningún caso, estos requisitos constituyen barreras a la competencia y [...].

(11) Véase parágrafo 9.3 del Artículo 9 de la Ley.



Giovanna García Saavedra

(en adelante, el Reglamento) establece las tres condiciones para la inscripción en el RNP como ejecutor de obras (capacidad para contratar, solvencia económica y capacidad técnica), así como el contenido y alcance de las mismas, e indica que la acreditación de dichos pre-requisitos se hará conforme a lo previsto por el Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE (TUPA)⁽¹²⁾. Así, abunda en el contenido de tales condiciones para fijar parámetros de evaluación, dejando la determinación de la sustentación a la entidad competente.

El Reglamento va a desarrollar también la asignación de capacidad máxima de contratación. Conforme se señalara, la inscripción ante el RNP va aunada a una categorización de los proveedores en atención a sus características y cualidades, valuadas en base a ciertos parámetros, para habilitarlos a contratar con el sector público hasta un determinado límite. Si el solicitante no sustenta capacidad técnica podrá inscribirse aunque la asignación de capacidad de contratación tendrá un umbral bastante más bajo a aquel que podría tener de haber acreditado experiencia⁽¹³⁾. Por tanto, entre mayor capacidad técnica y económica tenga o pueda acreditar una persona jurídica que busque inscribirse como ejecutor de obras, aquellas que pueda contratar con el Estado serán de mayor complejidad y envergadura. En consecuencia, muchos operadores económicos no solo buscan inscribirse sino que les sea asignado un alto puntaje que los habilite para llevar adelante cierto tipo de obras.

Finalmente, en desarrollo del Reglamento el TUPA del OSCE⁽¹⁴⁾ establece que para la probanza de experiencia, como fundamento de la capacidad técnica, el solicitante deberá presentar aquella documentación (copia simple del contrato de obras y del certificado de culminación o documento semejante)

respecto de obras terminadas en los últimos cinco años, considerados hasta la fecha de presentación de la solicitud.

De este modo, el conjunto normativo que regula las condiciones para ser inscrito como ejecutor de obras en el RNP y, por ende, la asignación de una capacidad máxima de contratación, da ciertos lineamientos al regulador que deben regir su actuar al evaluar la incorporación de un determinado solicitante en el RNP, pero no detalla el contenido de los mismos⁽¹⁵⁾. Así, el sustento a ser utilizado para acreditar la experiencia de un solicitante en particular será la documentación indicada por las normas reglamentarias respecto de quien el regulador considere, adecuado y conforme a las mismas, sea el vehículo a evaluar. Ello sin perder de vista el fin último que las normas de contratación pública pretenden. Esto significa no solo la revisión y aplicación de aquello expresamente previsto por las normas, sino hacer efectivo el objeto y fin que estas persiguen, para lo cual se utilizarán ciertos criterios propios del Derecho y principios que prescribe la Ley.

En ese sentido, la propia Ley ha establecido como principios rectores interpretativos y aplicativos de las normas de contratación pública, entre otros, los de libre competencia y competencia, razonabilidad, eficiencia, transparencia y economía⁽¹⁶⁾. Estos principios obligan a las entidades que se rigen por las

(12) Artículo 272 del Reglamento.

(13) Artículo 274 del Reglamento.

(14) Véase Procedimientos No. 56 y 57 del TUPA del OSCE, que detallan la documentación de soporte y/o acciones que debe presentar o realizar el solicitante para inscribirse como ejecutor de obra.

(15) Ello porque la vocación de una norma jurídica como la Ley es de permanencia, en tanto que busca ser aplicada en un período de tiempo y para una serie de supuestos que ocurran a lo largo del mismo, sin desconocer que su implementación está sujeta también al criterio e interpretación de las entidades competentes que la aplican y que en su actuar vigilan que la misma cumpla su propósito.

(16) Véase artículo 4 de la Ley. Además, para una revisión sobre principios en materia de contratación, véase CASTRO CUENCA, Carlos; Luisa Fernanda GARCÍA LÓPEZ y Juan Ramón MARTÍNEZ VARGAS. *La Contratación Estatal: Teoría General. Perspectiva Comparada y Regulación Internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010; pp. 89-164.

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta *vis-à-vis* realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

normas de contratación pública (incluidas las relativas a la inscripción en el RNP) a aplicar las mismas garantizando el uso económico y eficiente de los recursos, no solo en el procedimiento mismo de contratación sino en la formulación de listas, como es el caso del RNP, toda vez que dicho registro sienta una relación de quienes estarían habilitados para ser tenidos en cuenta en los procesos de selección. En tal virtud, las condiciones de participación se deben aplicar por igual a todos los potenciales concurrentes, aplicando criterios que permitan lograr la inclusión de aquellos operadores más eficientes.

Lo que está detrás de las normas de condiciones previas de contratación pública y a lo que deben servir es la eficiencia, principio que debe ser entendido tanto desde un punto de vista axiológico como teleológico en lo que respecta a la aplicación de las mencionadas normas. En efecto, como señala Dromi, la eficiencia administrativa es el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento en la forma, cantidad y calidad, y con los medios y recursos que resultan idóneos. Pero es también un deber positivo de actuación conforme a las exigencias públicas, y en cuanto tal demanda una racionalización en pro de la incorporación tecnológica y modernización en pro de los cometidos estatales⁽¹⁷⁾.

En esa línea argumentativa, cuando el regulador vigila la aplicación de las normas sobre acreditación de experiencia debe tener presente que a mayor concurrencia, mayor competencia y mejoras en la oferta, bajo condiciones más ventajosas y con ofertantes más calificados producto de la competencia y este es también principio rector del sistema. Después de todo, siguiendo a Estache e Iimi, la intensificación de competencia trae consigo una serie de ventajas:

“First, it is expected to not only lead to economy efficiency but also prevent corruption and collusion. [...] Particularly it is true when new entrants are involved. [...] Second, strengthening competition in public procurement would be conducive to fostering good governance and market-oriented business environment in developing countries. [...] Finally, high efficiency caused by intense competition has positive impacts on recipient macroeconomics”⁽¹⁸⁾.

Ahora bien, en la práctica el criterio seguido en reiterados pronunciamientos emitidos por el OSCE es que el sustento que será tenido en cuenta para acreditar experiencia⁽¹⁹⁾ es únicamente el del solicitante en particular tratándose de personas jurídicas⁽²⁰⁾. Más aún, cuando se trata de grupos ha señalado expresamente que en el marco de las contrataciones del Estado, una empresa no puede acreditar como suya la experiencia adquirida por otra empresa, aunque ambas sean parte del mismo grupo empresarial⁽²¹⁾.

Dicha posición se fundamenta en el hecho de tratarse de personas jurídicas distintas y considerar la experiencia bajo una aproximación *intuitio personae* donde la ejecución personal de la obra hace imposible, en el entendido del regulador, que se delegue o transfiera la pericia obtenida. No obstante, si bien es cierto que la experiencia es la destreza

(17) DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. Lima: Gaceta Jurídica; 2006; p. 39.

(18) ESTACHE, Antonio e IIMI, Atsushi. *Óp. cit.*; pp. 6-8.

(19) Es de anotar que, hasta la fecha, el OSCE ha absuelto la consulta sobre acreditación de experiencia no sobre contratación de obras, sino respecto de otras contrataciones (bienes y/o servicios). No obstante, se entiende que la línea interpretativa sentada es la misma.

(20) OSCE. Opinión No. 050-2011/DTN de fecha 5 de mayo de 2011 sobre solicitud de consulta planteada por Electrosur S.A., párrafo 3.1: “La experiencia que debe acreditarse, en todos los casos, será la que le corresponde al postor del proceso de selección [...] no resulta válida la presentación de documentos que acrediten la experiencia de una persona natural o jurídica distinta del postor [...]”; p. 3.

(21) OSCE. Opinión No. 069-2008/DOP de fecha 15 de septiembre de 2008 sobre solicitud de consulta planteada por Luis Miguel León Luna, párrafo 2.1, pp. 1 y 2.



Giovanna García Saavedra

adquirida por la práctica reiterada de una conducta durante un período determinado de tiempo⁽²²⁾, esto se debe predicar de quien la adquiere en los hechos y no observarse únicamente desde un plano formal.

Sostener una interpretación como la antes formulada lleva a cuestionarse si tal análisis estrictamente formalista responde realmente a lo que se busca garantizar con la exigencia de experiencia para acreditar la capacidad técnica. Asimismo, cabe preguntarse si esa es la manera más adecuada e idónea para aproximarse al análisis de la experiencia cuando se trata de empresas que detentan personería jurídica que no es más que una ficción del Derecho que cumple cierta funcionalidad como es la asignación de capacidad jurídica a un ente determinado para ser pasible de derechos y obligaciones.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el OSCE sí ha admitido la acreditación de experiencia de más de un operador económico para probar la de uno de ellos en dos supuestos, como son los contratos de consorcio y las sucursales en su relación con la matriz. Esta interpretación, sin embargo, resulta de la aplicación directa de normas expresas en la materia y/o de una interpretación estricta de las mismas. Por un lado están las disposiciones que prevén expresamente que las empresas unidas por un vínculo contractual, como el caso del consorcio, pueden acreditar como experiencia aquella proveniente de la sumatoria de los montos facturados, previamente ponderados⁽²³⁾. Esto es así, en la medida que hay una unión específica de los operadores para el desarrollo de un objetivo, acreditable vía la relación jurídico-obligacional que surge del contrato suscrito entre ellos y que da lugar al consorcio.

De otro lado, en el caso de las sucursales la línea interpretativa del regulador se basa en un análisis estrictamente formal conforme a la Ley General de Sociedades⁽²⁴⁾. Es así que se permite que éstas sustenten su experiencia a partir de aquella obtenida por la matriz, en tanto que la personería jurídica es una y la detenta la matriz careciendo la sucursal de independencia de la misma⁽²⁵⁾. Por tanto, siendo la sucursal un establecimiento secundario, a modo de oficina con independencia de gestión, que hace posible que una sociedad desarrolle sus actividades fuera del domicilio social, no tiene una real independencia organizacional de la sociedad matriz que la constituye, por lo que todas las actuaciones de la sucursal podrán afectar a la matriz (no existiendo límite de responsabilidad para la matriz en las actuaciones de su sucursal). Pero también la experiencia, reputación y capital de la matriz podrán ser aprovechados por la sucursal para sus actuaciones frente a terceros.

2. La actuación de las personas jurídicas que conforman grupos económicos

La actuación de las personas jurídicas en el mercado se encuentra en constante cambio, debido a que las exigencias del mismo hacen

(22) OSCE. Opinión No. 050-2011/DTN de fecha 5 de mayo de 2011 sobre solicitud de consulta planteada por Electrosur S.A., párrafo 2.1.1; pp. 1 y 2. Véase además OSCE. Opinión No. 055-2008/DOP de fecha 11 de julio de 2008 sobre solicitud de consulta planteada por Telefónica del Perú S.A.A., párrafo 2.2; p. 3.

(23) Véase artículo 36 de la Ley y artículos 47, literal 2.b) y 48 del Reglamento, y la Directiva No. 016-2012-OSCE/CD de septiembre 2012.

(24) De acuerdo con el artículo 396 de la Ley General de Sociedades, la sucursal es un establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. Véase ELIAS LAROZA, Enrique. *Ley General de Sociedades Comentada*. Lima: Normas Legales, 1998; pp. 813-815.

(25) OSCE. Opinión No. 105-2011/DTN de fecha 29 de diciembre de 2011 sobre solicitud planteada por Indura Perú S.A., párrafo 2.2; pp. 2 y 3. Cabe anotar que en la línea del análisis de las sucursales se han abordado los supuestos de transformación societaria en general, aunque también desde una perspectiva formal en tanto que la transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica, tal como se prevé en la Ley General de Sociedades peruana. Cuestión distinta es el caso de una subsidiaria, que se asemeja al objeto de análisis, en el cual se está frente a una persona jurídica independiente, bajo cualquier tipo societario (como puede ser una sociedad anónima), gozando de un patrimonio autónomo y personería jurídica que le permite, a quienes ejercen control sobre esta, limitar su responsabilidad hasta el límite del capital social.

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta vis-à-vis realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

que cada vez vayan apareciendo distintos mecanismos y/o herramientas que les permitan desarrollar sus actividades de manera eficiente. Como parte de este proceso evolutivo aparecieron los grupos económicos empresariales, los cuales han atravesado por una vertiginosa expansión y cambios al interior de los mismos⁽²⁶⁾, pero que en líneas generales no son más que empresas jurídicamente separadas unas de otras, unidas entre sí, y de distintas maneras, por lazos persistentes formales y/o informales⁽²⁷⁾.

Los grupos económicos son un fenómeno moderno producto de una concentración en pluralidad de los recursos, toda vez que cada empresa mantiene su propia identidad, es decir, conserva una personería jurídica diferenciada. Asimismo, cumplen tres funciones primordiales, son una estructura organizativa que permite alcanzar un nivel adecuado de cuasi-rentas, derivadas del acceso a insumos escasos e imperfectos en el mercado como son capital e información; ofrecen una alternativa a la diversificación de portafolio (en ausencia de mercados para riesgos); y eliminan problemas derivados de situaciones de monopolio u oligopolio a través de la integración vertical⁽²⁸⁾.

Ahora bien, aun cuando como señala Octavio Bueno, los grupos pueden tener distintas modalidades (ya sea por el tiempo, lugar u objetivos conducentes de su existencia), comparten elementos esenciales que componen su estructura, a saber: (i) participantes (empresas o sociedades), (ii) autonomía de los

participantes (cada uno con personería jurídica propia), y (iii) relación entre los participantes (coordinación o subordinación o ambos)⁽²⁹⁾.

En efecto, para que haya un grupo de empresas se requiere de por sí más de una persona jurídica. Siendo así, las empresas que componen estos grupos ostentan autonomía ya que cada una goza de personería jurídica propia y distinta de las demás, dado que a nivel de grupo se busca delimitar y fijar la responsabilidad de cada una de las empresas, y para ello se adopta y mantiene en la estructura distintas personas jurídicas. Esta autonomía contrasta con la noción de control de una persona sobre las demás presente en los grupos⁽³⁰⁾, en tanto que la falta de control colocaría a las empresas en una situación de desconexión entre ellas.

En resumen, cuando nos referimos a grupos económicos estamos frente a distintas personas jurídicas vinculadas entre sí y sujetas al control (directo o indirecto, ya sea por su participación en el capital social, sus influencias funcionales en los órganos de decisión o en el nombramiento mismos de los miembros de los órganos de dirección) de una

- (26) Para un análisis de la evolución del fenómeno de grupos económicos puede revisarse los siguientes textos: FERNÁNDEZ JILBERTO, Alex. y Barbara HOGENBOOM (Ed.). *Big Business and Economic Development: Conglomerates and Economic Groups in Developing Countries and Transition Economies Under Globalization*. Hoboken: Routledge, 2006; pp: 5-26. LÓPEZ, Andrés. *Empresarios, Instituciones y Desarrollo Económico: El Caso Argentino*. CEPAL (Oficina de Buenos Aires), Enero 2006; pp. 37-64. Disponible en web: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=conglomerados%20y%20grupos%20economicos%20de%20empresas&source=web&cd=38&cad=rja&ved=0CGsQFjAHOB4&url=http%3A%2F%2Fwww.eclac.org%2Fpublicaciones%2Fxml%2F7%2F24237%2FDocLopez.pdf&ei=XGkmUZmENpCG9gTYI4CgAg&usq=AFQjCNHUUqhp1PWvgobDJH6iBup6hF2lg>
- (27) GRANOVERTER, Mark. *Business Groups and Social Organization*. En: SMELSER, Neil y Richard SWEDBERG (Ed.). *The Handbook of Economic Sociology*. New York: Princeton University/Oxford/Russell Sage Foundation, 2005; pp. 429.
- (28) LEFF, Nathaniel. *Industrial Organisation and Entrepreneurship in Developing Countries: The Economic Groups*. En: *Economic, Development and Cultural Change*. Volumen XXVI. No. 4. Julio 1978; pp. 666 y 667.
- (29) BUENO MAGANO, Octavio. *Grupos Económicos Nacionales e Internacionales. Su Responsabilidad en cuanto a los Derechos de los Trabajadores*. En: *Los Grupos de Empresas Nacionales e Internacionales y el Derecho del Trabajo*. México: UNAM, 1982; p. 50. Disponible en web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/861/4.pdf>
- (30) En este punto conviene anotar lo señalado por GRANOVERTER, Mark. *Óp. cit.*; p. 430: "Despite legal separation, one or more central individuals, often a family, may own a controlling interest in every group firm, directly, or indirectly through holding companies and pyramids, thus making component firms' legal independence virtually meaningless".



Giovanna García Saavedra

persona o un grupo de personas⁽³¹⁾. En todo caso, la forma en que cada una de las empresas de estos grupos económicos desarrolla sus actividades se relaciona con y/o afecta a las demás, pudiendo organizarse entre ellas de distintas maneras, ya sea de forma integrada o como un conglomerado, con miras a generar eficiencias a nivel de grupo⁽³²⁾.

Desde un análisis comercial, puede haber grupos económicos formados por empresas que se dediquen a actividades semejantes o complementarias en cuyo caso se produce una integración de los recursos⁽³³⁾, o a actividades distintas las cuales se conocen como conglomerados.

La integración puede darse horizontal o verticalmente. En una integración horizontal las empresas se dedican a una misma etapa del proceso productivo, buscando obtener beneficios en términos de costos. Este tipo de integración puede también tener su razón de ser en la intención del grupo de participar en mercados internacionales distribuyendo y minimizando a su vez los riesgos. Así, por ejemplo, una empresa podría actuar como división de otra del mismo grupo en el mercado exterior en la procura o desarrollo del mismo objeto, en búsqueda de la cooperación de fuerzas laborales con el fin de lograr eficiencias en la ejecución de tareas. En tal caso, no se puede negar que la experiencia que adquiere una empresa del grupo va a repercutir e influenciar en la otra (si es que acaso no se considera que sea adquirida también por ésta).

Por su parte, en una integración vertical las empresas se ubican en distintos estadios de la cadena productiva, con el propósito de mejorar su posición competitiva reduciendo costos en su actuación global, presentándose y ofreciendo un bloque frente al mercado lo que asegura la colocación del producto en el mismo. En ese sentido, sostienen Chang y Hong⁽³⁴⁾ que “the extensive vertical integration within a group enables it to reduce transaction costs and share technological resources”. Dentro del grupo podrían haber empresas dedicadas a la obtención de materias primas, otras a la fabricación de un producto, y otras dedicadas a la venta o distribución del producto final, de manera que al interior del grupo una empresa pueda servir de alguna manera a la otra, garantizando la cadena de producción y distribución.

Ciertamente, en una interacción como esta la experiencia que cada una adquiere es distinta y específica en un rubro concreto (producción, exportación, etcétera), pero al relacionarse una con otra las sinergias de cada empresa se suman y potencian al grupo en cuanto tal. En efecto, refiriéndose al ejemplo coreano, Hong y

(31) Una definición de grupo económico en el ámbito peruano se encuentra en el artículo 7 de la Resolución CONASEV No. 090-2005-EF/94.10, publicada el 28 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial “El Peruano”, que lo define como el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales.

(32) La forma en que las distintas empresas de un mismo grupo se organizan es disímil y puede llevar a clasificar los grupos de distintas maneras, analizando las relaciones entre ellas y considerando parámetros de calificación diversos. Pero no es objeto de este artículo hacer un estudio a profundidad de las formas de organización empresarial a nivel de grupos, sino hacer un esbozo de lo que éstos son a fin de entender de mejor manera sus interrelaciones y sinergias que pueden llevar a una dinámica de compartimiento de experiencias. Para una comparación detallada de las formas de vinculación empresarial en grupos sugerimos revisar DINE, Jane. *The Governance of Corporate Groups*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; pp. 39-62.

(33) Como señala Dine desde un análisis estrictamente legal, la vinculación vertical de grupos de empresas refiere a una compañía principal (*parent company*) que cuenta bajo su estructura con subsidiarias, las cuales, a su vez, pueden ser total o parcialmente dominadas por la principal; mientras que la vinculación horizontal refiere a varias compañías entre las cuales unas son titulares de intereses que representan el capital en otras (*cross-shareholding*). Sin perjuicio de lo anotado, para objeto de este análisis acudimos a una perspectiva comercial a fin de entender las relaciones entre empresas. DINE, Jane. *Op. cit.*; p. 40.

(34) CHANG, Sea Jin y Jaebum HONG. *Economic Performance of Group-Affiliated Companies in Korea: Intragroup Resource Sharing and Internal Business Transactions*. En: *Academy of Management Journal*, Volumen XLIII, No. 3, 2000; p. 445.

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta vis-à-vis realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

Chang describen como en este tipo de estructuras suele haber transferencia de personal clave entre las distintas afiliadas (sobre todo al momento de constituir nuevas empresas se traslada personal y se da entrenamiento gerencial) y compartimiento de los recursos tecnológicos⁽³⁵⁾.

En lo que se refiere a los conglomerados, para estos efectos los definimos como aquellos grandes grupos conformados por empresas dedicadas a distintas actividades económicas independientes entre sí. En este caso, lo que se busca es diversificar riesgos a través de la inversión en distintas actividades. Ahora bien, nada impediría que a este nivel una empresa dedicada a una determinada actividad sirva a otra del mismo grupo, en algún momento y en tanto el objeto a realizar pueda resultar complementario, o que pueda, por ejemplo, actuar como garante de alguna operación o simplemente como financista.

De cualquier manera, lo cierto es que hoy en día no se puede desconocer la existencia de estos grupos económicos que participan haciendo negocios en diferentes mercados, bajo un control administrativo y/o financiero común, y cuyos miembros están vinculados por distintos tipos de relaciones, desarrollan actividades similares, conexas o complementarias y buscan en ocasiones niveles de integración (horizontal y/o vertical) a través de las distintas empresas que los componen con miras a obtener mejores rendimientos. Así, la actuación en grupo trae consigo una serie de eficiencias, pues como señala Leff, "(...) the group provides the capital, the technical and the managerial resources which are necessary to transform innovativeness and alertness into opportunities, into actual investment and production decision (...)"⁽³⁶⁾.

Este patrón de actuación grupal incide en el funcionamiento de la economía de los distintos países en los que actúan las empresas del grupo. Incluso, algunas autoridades de control monitorean estos grupos económicos exigiendo la presentación de cierta información a nivel de todas las empresas que los conforman (por ejemplo, estados financieros consolidados y/o combinados de los grupos conforme a las

buenas prácticas contables internacionales) o la elaboración de ciertos reportes que sustenten las relaciones mantenidas entre ellas en cuanto a flujos de dinero de ser el caso (por ejemplo, informes de precio de transferencia)⁽³⁷⁾.

Todo esto demuestra simplemente el reconocimiento del fenómeno del grupo económico como tal y, a su vez, el creciente interés de las autoridades por conocer y normar a estos grupos como tales, sin prohibir *per se* su actuación interrelacionada.

Ahora bien, siendo el espectro de participación de las empresas que conforman grupos económicos tan diverso, la determinación de la forma de su actuación en el mercado depende de un análisis fino que permita establecer hasta qué punto la interacción de las empresas del grupo influye una en la otra. Una actuación a través de estructuras organizativas multidivisionales o una integración en la que la conectividad vía el intercambio tecnológico y de personal o el compartimiento del mismo sea fluido, puede llevar a argumentar que la pericia requerida es compartida, o al menos que la estructura permite que una detente o pueda hacerse valer de la otra en el ejercicio de sus actividades.

En consecuencia, limitar la intervención de empresas que pertenecen y actúan bajo un esquema de grupos en actividades de ejecución de obras *ex ante* y sin ningún ejercicio analítico de por medio del caso concreto, impidiendo que la experiencia de alguna de las empresas sea acreditada en beneficio de otra del mismo grupo, resulta una interpretación ajena a la realidad y tan

(35) *Ídem.*; p. 435.

(36) En efecto, el flujo de información obtenida por las distintas empresas del grupo a través de su participación en distintas actividades permite reducir incertidumbres al momento de adoptar decisiones sobre inversión y/o producción. Así se compensa la asimetría de información sobre riesgos y rendimientos (retornos). LEFF, Nathaniel. *Óp. cit.*; p. 670.

(37) Véase DINE, Jane. *Óp. cit.*; pp. 64 y 65.



Giovanna García Saavedra

restrictiva que podría terminar marginando la posibilidad de contar con sujetos más eficientes, capaces de realizar las obras a costos más ventajosos económicamente.

Si se tiene en cuenta que la inscripción en el RNP no garantiza una permanencia ni habilita por un plazo indeterminado a la persona jurídica inscrita a una capacidad máxima de contratación, el riesgo de mantener un operador poco calificado siguiendo una interpretación más amplia de acreditación de experiencia en el caso de grupos económicos resultaría casi nulo, más si se examina frente al beneficio de contar con grupos económicos idóneos en lo que puede ser materia de contratación⁽³⁸⁾, por lo que las ventajas comparativas de una u otra opción interpretativa serían favorables a una mayor apertura. En efecto, las propias disposiciones prevén la renovación del registro con cierta periodicidad, por lo que el regulador estaría en posibilidades de exigir, por ejemplo, que si la sustentación de experiencia se efectuó sobre la base de aquella compartida como grupo, esta misma sea nuevamente acreditada al momento de la renovación, bajo ciertos parámetros, en aras de no incurrir en mayores costos en cumplimiento de los principios de contratación pública. Este último planteamiento no apuesta por una regulación más rígida para el caso de organizaciones empresariales, sino que parte de reconocer que en los hechos la fisonomía interna de los grupos es variable, toda vez que las empresas pueden cambiar su forma de actuación grupal por distintos motivos.

En ese sentido, la alternativa que se propone es la de un análisis casuístico donde la carga de la prueba para registrarse acreditando experiencia descansa en el solicitante, bien sea, por ejemplo, sustentando el control que una empresa ejerce sobre la otra, el intercambio continuo de recursos humanos y tecnológicos, la disponibilidad de medios de una respecto de la otra, etcétera. Por su parte, será el regulador el que en cada caso vigilará y determinará, tras el escrutinio de la información presentada, si ella es suficiente para acreditar que se cuenta con la experiencia que se indica en ejecución de obras.

3. Hacia una implementación efectiva de las normas sobre acreditación de experiencia de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos

De la revisión del marco normativo sobre contratación pública se puede colegir que no hay ninguna norma que prohíba expresamente que un solicitante acredite experiencia en base a aquella obtenida por alguna otra persona jurídica del mismo grupo para su inscripción en el RNP. No obstante, la interpretación del regulador habría negado esta posibilidad. Tal postura parece sin embargo ser contraria, o al menos excesivamente restrictiva, en relación a aquello que se busca en materia de contratación pública con la exigencia de experiencia como sustento de capacidad técnica para la inscripción en el registro.

Con el requerimiento de experiencia lo que se pretende es velar por que la selección para determinadas obras se haga sobre la base de un grupo de participantes con aptitud para desarrollarlas, asegurándose así una cierta calidad del producto final materia de la contratación. Esto vendría garantizado por un cierto nivel de competencia del operador, alcanzado y previamente aprehendido a través de la práctica constante en la ejecución de obras. Ahora bien, quien no puede acreditar propia y personalísima experiencia, siguiendo el parámetro interpretativo del regulador, no está impedido de inscribirse en el RNP, pero su intervención en los distintos procesos de selección se verá limitada por contar con una

(38) Actualmente, la inscripción en el registro tiene una validez y vigencia anual, por lo que cada año (sesenta días antes de terminado el ejercicio correspondiente) se debe solicitar la renovación de inscripción en el registro. Asimismo, tratándose de ejecutores de obras, cuando se solicite la renovación de la inscripción y hubieren transcurrido cinco años de vencida la vigencia de la misma, la capacidad máxima de contratación será recalculada. Más aún, los ejecutores de obras están obligados a informar al OSCE de cualquier variación o cambio relevante de manera oportuna, tal como lo señala el propio Reglamento (artículo 278).

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta vis-à-vis realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

capacidad máxima de contratación restringida, lo que trae consigo menor concurrencia, pues la lista de habilitados para contratar obras de cierta envergadura se ve reducida ante la aplicación de una interpretación tan estricta, y, por ende, desincentiva la competencia.

Teniendo ello en consideración, se debe armonizar la normativa vigente entre sí e interpretarla conforme a la realidad que busca regular⁽³⁹⁾, que en este caso es la actuación en el mercado de operadores económicos en estructuras de grupos económicos empresariales. Ello, considerando que el ejercicio hermenéutico no se agota en la literalidad de las disposiciones legales, sino que las normas se interpretan con cierta razonabilidad (*ratio legis*) y atendiendo el conjunto que contiene y/o al que pertenecen las mismas (interpretación sistemática), y procurando el cumplimiento de los fines y funciones de las normas de contratación pública.

En esa línea, las normas de contratación aspiran a que se logre una relación equitativa entre precio y calidad (*value for money*), considerando siempre un uso óptimo de los recursos con miras a la eficiencia del sistema de contratación en general⁽⁴⁰⁾. Como señala Almeida:

“From the public administration standpoint, the government works efficiently when using all available public resources (economic, financial, human, material, etc.) rationally, committing itself to the pursuing of the best results or public endings and imposing the lowest possible burden to society”⁽⁴¹⁾.

Para que esto se verifique en los hechos es necesario que el regulador aplique las normas dentro del marco de

discrecionalidad que éstas le confieren sin perder de vista el objetivo que persiguen.

Piénsese, por ejemplo, en un Estado que exija a las empresas domiciliadas en él contar con ciertas autorizaciones para el desarrollo de actividades en el exterior. En tal caso, el grupo empresarial con sede principal de negocios en dicho Estado podría optar por contar con empresas que tengan un mismo giro, unas para que actúen al interior del Estado y otras en el exterior, para las cuales se gestionaría la autorización. Más aún, podría decidir a nivel grupal que la actuación de dichas empresas en la práctica sea funcionalmente multidivisional donde la empresa autorizada para desarrollar actividades en el exterior se encargue de cerrar acuerdos comerciales y alguna local se encargue de cooperar con esta en la ejecución de las obras como una división de la misma. Ante dicha realidad, ¿puede *a priori* descartarse que ambas hayan sido las adquirentes de la experiencia concreta desarrollada en el exterior?

3.1. La regulación comparada e internacional en materia de acreditación de experiencia

La contratación pública es un área estratégica para lograr el desarrollo de todo Estado, incluso es cada vez más frecuente que en la regulación de esta se consideren objetivos no solo económicos sino algunos otros de índole social

(39) Como lo ha señalado el OSCE en su Opinión No. 055-2008/DOP de fecha 21 de agosto de 2007 sobre solicitud de consulta planteada por Telefónica del Perú S.A.A., parágrafo 2.3, p. 3: “(...) la interpretación sobre los alcances normativos se sustenta en la realidad jurídica, económica y social que subyace al sistema normativo en la oportunidad en que se asume (...). En esa medida los análisis realizados pueden ser objeto de reevaluación a la luz de los nuevos elementos cuya tutela contribuiría, tratándose del sistema de contrataciones estatales, a su modernización y dinámica en concordancia con los principios de eficiencia, economía, trato justo e igualitario y libre competencia”.

(40) Al respecto el OSCE ha manifestado: “(...) los procesos de selección que convocan las Entidades del Estado dentro de un ejercicio presupuestal, tienen por objetivo que la administración pueda obtener los bienes, servicios u obras que requiere para la satisfacción de sus necesidades en la calidad requerida, en tiempo oportuno y a precios y costos adecuados, en un marco de libre competencia de postores”. OSCE. Opinión No. 055-2008/DOP de fecha 21 de agosto de 2007 sobre solicitud de consulta planteada por Telefónica del Perú S.A.A., parágrafo 2.2; p. 2.

(41) ALMEIDA DO AMARAL, Márcio. *Analysis of the Principle of Administrative Efficiency Applied to Public Procurement in Brazil*. Washington, D.C.: IBI/George Washington University, 2011; p. 24.



Giovanna García Saavedra

y/o ambiental⁽⁴²⁾. Si bien cada Estado cuenta con su propio régimen de contratación pública, nadie puede desconocer que los mismos están, en mayor o menor medida, inspirados en ciertos principios de la administración pública tendentes a lograr que se cumplan los objetivos de la contratación pública, y tienen en cuenta la regulación internacional en la materia, la cual responde a las aspiraciones de los Estados de crear las condiciones que sirvan de base para el intercambio en lo que se refiere a la contratación pública.

En cuanto a los principios, como se señalara al inicio, el marco normativo peruano recoge expresamente una serie de ellos⁽⁴³⁾ y prevé que los mismos deben servir como criterios interpretativos e integradores para la aplicación de las

normas. De otro lado, a nivel internacional se cuenta con la denominada “Ley Modelo sobre la Contratación Pública” adoptada bajo el auspicio de Naciones Unidas a nivel de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y diseñada para ayudar a los Estados en la reforma y desarrollo de sus sistemas de contratación pública, mas no es un tratado o acuerdo vinculante⁽⁴⁴⁾. Asimismo, al amparo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), organización de la cual el Perú es miembro, se adoptó el Acuerdo sobre Contratación Pública⁽⁴⁵⁾ y, aun cuando el Perú no es parte

- (42) ARROWSMITH, Sue. *Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy*. En: *Journal of Public Procurement*. Volumen X. No. 2, 2010; p. 149. Véase además, McCRUDDEN, Christopher. *Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes*. En: *Natural Resources Forum*, No. 28, 2004; pp. 257-267. Asimismo, es de anotar que en la legislación peruana se ha previsto expresamente como principios de la contratación pública los de promoción del desarrollo humano y sostenibilidad ambiental (véase artículo 4 literales a) y m) de la Ley).
- (43) Véase supra nota 1. Asimismo, téngase en cuenta que parte de la doctrina hace una diferencia entre principios y objetivos de la contratación pública, considerando algunos de los denominados principios en nuestro ordenamiento interno como objetivos (por ejemplo, moralidad, trato justo e igualitario, etc.), siendo 3 los principios fundamentales en la materia, a saber: (i) transparencia, (ii) competencia y (iii) trato no discriminatorio, este último es considerado además un objetivo en sí mismo. Véase ARROWSMITH, Sue. *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules*. En: ARROWSMITH, Sue (Ed.). *Public Procurement Regulation: An Introduction*. EU-Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010, pp. 4-24. Disponible en web: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=public%20procurement%20regulation%20an%20introduction&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CDIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.nottingham.ac.uk%2Fprg%2Fdocumentsarchive%2Fasialinkmaterials%2Fpublicprocurementregulationintroduction.pdf&ei=JaUvUfyzNYXp0gHgr4GQCA&usg=AFQjCNFbPPNfHhpf9UVM29PzzD1ysly3VA&bvm=bv.43148975,d.dmQ>
- (44) Véase la Ley Modelo sobre la Contratación Pública (“Ley Modelo”), adoptada por Resolución de la Asamblea General 66/95 del 9 de diciembre de 2011, en la 66ta sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas (Doc. A/66/17, Anexo I) y la Guía para la Incorporación de la Ley Modelo adoptada el 28 de junio de 2012. Disponible en web: www.uncitral.org. Es de anotar que aun cuando la Ley Modelo no se refiere expresamente al registro de potenciales proveedores, en lo que a criterios de calificación se refiere la ley peruana ha seguido los mismos e incluso los criterios de inhabilitación del registro se inspiran en el artículo 9 de dicha Ley Modelo.
- (45) El Perú es miembro de la OMC desde el 1 de julio de 1995. Sin embargo, no es parte del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), vigente desde el 1 de enero de 1996, que integra los Acuerdos Comerciales Plurilaterales adjuntos al acuerdo constitutivo de la OMC como Anexo 4 (c) del mismo, adoptados como resultado de las Rondas de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales (1986-1994). Actualmente, son partes del ACP un total de 14 Estados partes más la Unión Europea (con sus 27 Estados miembros) y tienen la calidad de observadores del mismo 26 Estados (algunos vienen negociando su adhesión para ser considerados partes) y 4 organizaciones internacionales. Es de anotar que el 15 de diciembre de 2011, los negociadores alcanzaron un acuerdo político acerca de los resultados de la renegociación del ACP, sobre la base del avance realizado en las negociaciones relativas a la cobertura, indicada en los Anexos del Apéndice I correspondientes a cada una de las partes (es decir, las listas de entidades gubernamentales cuyas actividades de contratación están abiertas a la competencia). Esta decisión política fue confirmada el 30 de marzo de 2012 mediante la adopción formal de la Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del Acuerdo sobre Contratación Pública. La entrada en vigor del Acuerdo revisado está sujeta al Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública y a las disposiciones finales del ACP.

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta vis-à-vis realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

de dicho acuerdo, de una lectura del mismo se puede desprender que los principios en materia de condiciones previas han sido acogidos en nuestro ordenamiento⁽⁴⁶⁾. Por su parte, a nivel de relaciones bilaterales entre Estados se ha pactado acuerdos que contienen disposiciones sobre contratación pública⁽⁴⁷⁾.

Es en este contexto y usando estas herramientas que conviene revisar la implementación de las normas de contratación pública. Esto no significa una traslación de normas ajenas a nuestro ordenamiento, ni una aspiración a una regulación uniforme ni universal en la materia⁽⁴⁸⁾, sino únicamente reconocer que existe un cierto grado de armonización de los sistemas de contratación pública y, en esa medida, utilizar aquello en lo que hay un cierto nivel de consenso para potenciar los objetivos que el propio marco normativo peruano trata de impulsar.

En esa línea, en la Unión Europea una cuestión parecida a la que es materia de análisis fue planteada ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) a inicios de los noventa. Precisamente, se buscaba esclarecer si de acuerdo

con las Directivas de contratos públicos de obras entonces vigentes⁽⁴⁸⁾ era posible considerar el aporte de las demás sociedades de un mismo grupo para apreciar los criterios que debe satisfacer un contratista. Ante dicho caso el TJCE señaló que:

“Deben interpretarse en el sentido que, para pronunciarse sobre una solicitud de clasificación presentada por una persona jurídica que domine un grupo, la autoridad competente está obligada, cuando se acredite que dicha persona tiene efectivamente a su disposición los medios de las sociedades pertenecientes al grupo que sean necesarios para la ejecución de los contratos, a tener en cuenta las referencias de dichas sociedades para apreciar la aptitud de la persona jurídica interesada, de conformidad con los criterios mencionados en los artículos 23 a 28 de la Directiva 71/305⁽⁴⁹⁾.”

(46) Conforme al Artículo VIII del ACP “las condiciones de participación en las licitaciones se limitarán a las que sean indispensables para cerciorarse de la capacidad de la empresa para cumplir el contrato de que se trate. Las condiciones de participación exigidas a los proveedores, tales como garantías financieras, calificaciones técnicas y la información necesaria para acreditar su capacidad financiera, comercial y técnica, así como la verificación de las calificaciones, no serán menos favorables para los proveedores de las demás Partes que para los nacionales ni supondrán una discriminación entre aquéllos. La capacidad financiera, comercial y técnica de un proveedor se valorará atendiendo tanto a su actividad comercial global como a la ejercida en el territorio de la entidad contratante, teniendo debidamente en cuenta la relación jurídica entre las organizaciones proveedoras”.

(47) Supra nota 5.

(48) En ese sentido, coincidimos con la postura de Arrowsmith, Linarelli, Wallace y Trepte en cuanto a que la existencia de distintas normas de contratación pública es necesaria hasta cierto grado (en tanto que existen una serie de elementos que justifican aproximaciones diferentes, como las condiciones económico-sociales, el distinto nivel de sofisticación y entrenamiento que reciben los funcionarios que aplican las normas de contratación pública, los distintos valores que inspiran los sistemas de contratación pública lo cual se refleja en la valoración que se da en estos a los objetivos de la contratación pública), sin desconocer que en la práctica ha habido un grado significativo de uniformización de los sistemas debido a la regulación internacional del tema. Véase ARROWSMITH, Sue. *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules*. En: ARROWSMITH, Sue (Ed.). *Óp. cit.*; p. 26.

(48) En aquél entonces las directivas vigentes eran la Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales; y la Directiva 71/305/CEE del Consejo, del 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Ambas se encuentran ya derogadas y fueron reemplazadas por la Directiva 2004/18/CE.

(49) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. *Ballast Nedam Groep I* (C-389/92, Rec. I-1289), sentencia del 14 de abril de 1994, párrafo 18; y *Ballast Nedam Groep II* (C-5/97, Rec. P. I-7549), sentencia del 18 de diciembre de 1997, párrafo resolutivo.



Giovanna García Saavedra

Tales Directivas preveían la posibilidad de requerir la acreditación de las capacidades económico-financieras y técnicas de los contratistas como parte del proceso de evaluación, pero no que se iba a considerar para dicha acreditación⁽⁵⁰⁾. El razonamiento detrás del pronunciamiento del TJCE se fundamentó en una revisión conjunta de las disposiciones de las Directivas y las normas holandesas que permitían la subcontratación de obras, así como la adjudicación de obras a agrupaciones, donde cada uno suma su propia experiencia⁽⁵¹⁾. Si ello está permitido y del conjunto de estas disposiciones se puede colegir que puede aspirar a la adjudicación de contratos públicos de obras no sólo una persona jurídica que ejecute por sí misma tales obras, sino también una persona que las ejecute por medio de agencias o sucursales o que tenga acceso a técnicos o a organismos técnicos externos o, también, una asociación de contratistas, cualquiera sea su forma jurídica, nada impediría que, por ejemplo, una *holding* que no ejecute obras por sí pueda acreditar experiencia en base a la de sus subsidiarias, aunque sean personas jurídicas distintas, en tanto que efectivamente pueda valerse de tales recursos.

Esta línea jurisprudencial del TJCE ha sido desarrollada a partir de otros casos sometidos también en la década de los noventa, aunque en el sector de servicios públicos. En tales casos, el TJCE estableció que es factible acreditar

experiencia de otros y que no por el mero hecho de que se trate de una persona jurídica distinta ello está vedado *per se*, yendo incluso más allá en relación a los vínculos entre las personas. Así, señaló que las relaciones entre ellas pueden ser de cualquier naturaleza, siempre que se acredite que se puede disponer de los medios para acudir la una a la otra de ser el caso⁽⁵²⁾.

Las Directivas objeto de análisis actualmente han sido reemplazadas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁽⁵³⁾, que ha acogido la línea jurisprudencial antes citada al prever en su artículo 28 numeral 3 que para un contrato determinado, un operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. Al efecto, debe demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato (por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios)⁽⁵⁴⁾.

- (50) Las Directivas no definían cómo se iba acreditar las capacidades exigidas, pero sí establecían algunos criterios cualitativos en el artículo 23 a los cuales se remite el artículo 28 de la Directiva 71/305, que se refiere a los registros oficiales de contratistas clasificados, y que tenían como único objetivo definir las normas de apreciación objetiva de la capacidad de los contratistas, en especial en el aspecto de su experiencia técnica. Véase además TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Ballast Nedam Groep I (C-389/92, Rec. I-1289), sentencia del 14 de abril de 1994, parágrafo 12.
- (51) *Ídem.*; parágrafos 13 al 15 inclusive.
- (52) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Holst Italia Spa, Comune di Cagliari, con intervención de Ruhrwasser AG International Water Management (C-176/98), sentencia del 2 de diciembre de 1999, parágrafo 31, señala: "para probar que se reúnen los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un proceso con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador puede referir a las capacidades de otras entidades cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución de un contrato dado".
- (53) Para un breve detalle sobre la evolución de las Directivas, desde las emitidas en los 70, a las emitidas en los 90 que modificaban y derogaban estas y, finalmente, a la vigente del 2004 que tiene por objeto refundir la legislación comunitaria sobre contratos públicos dispersa en varias directivas véase MORENO, José Antonio. *La Contratación Pública de los Países de la Comunidad Andina*. Un Estudio Comparado con el Derecho de la Unión Europea. Lima: CAN, 2007; pp. 90-96.
- (54) Véase, además, el parágrafo 45 de dicha Directiva que establece: "(...) por lo que se refiere a las listas oficiales de operadores económicos autorizados, es importante tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los casos en que un operador económico que forme parte de un grupo utilice la capacidad económica, financiera o técnica de otras sociedades del grupo en apoyo de su solicitud de inscripción. Corresponde en este caso al operador económico probar que dispondrá efectivamente de estos medios durante toda la duración de validez de la inscripción".

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta vis-à-vis realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

Si bien los Estados europeos cuentan actualmente con una normativa acorde a la Directiva de 2004⁽⁵⁵⁾, desde antes de la emisión de tal Directiva los Estados europeos ya venían siguiendo los criterios interpretativos adoptados jurisprudencialmente. Ello, además, en tanto que la implementación del criterio a seguir perseguía garantizar la eliminación de restricciones ineficientes y una mayor competencia para asegurar una elección favorable a los intereses de la administración pública, lo cual es de la mayor relevancia en la contratación pública europea y, como se verá más adelante, también lo es en el sistema de contratación pública peruano.

Ahora bien, aun cuando los citados casos no abordan directamente la acreditación de experiencia con el fin de lograr la inscripción en una lista⁽⁵⁶⁾, como es el caso peruano, sí son ejemplificadores en cuanto a aquello que resulta relevante para acreditar una capacidad requerida, en este caso la capacidad técnica a través de la experiencia que le sirve de sustento.

A nivel de América Latina y Caribe se puede señalar que al menos diecinueve Estados cuentan con un sistema de registro de proveedores⁽⁵⁷⁾. Sin perjuicio de ello, resulta ilustrativo mencionar que Colombia no exige un registro específico para los proponentes extranjeros sin domicilio ni sucursal en territorio colombiano, sino que deja que sea cada entidad pública la que indique cuáles serán los requisitos habilitantes de las personas extranjeras, siendo la única limitación que en ningún caso las exigencias sean más gravosas o sirvan para crear desigualdades (barreras de acceso para extranjeros respecto de nacionales)⁽⁵⁸⁾. Una norma como esta brinda mayor flexibilidad para el acceso y participación de agentes económicos de capital foráneo, evita la imposición de

(55) A modo de ejemplo véase el artículo 67 (criterios aplicables y condiciones para clasificación) inciso 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público BOE-A-2011-17887, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que prevé: "3. En el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, y a efectos de la valoración de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el artículo 70.2, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos". Este es aplicable a todos los contratos incluso a la solvencia técnica de los contratos de obra (artículo 76). Además, el artículo 45 del *Code des Marchés Publics* (Décret No. 2006-975 du 1er août 2006) prevé en su numeral III: "Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché".

(56) Respecto de los sistemas de listas conviene destacar lo señalado por Arrowsmith en la práctica de otros Estados, a saber: "In view of their recognised advantages for procurement processes, many legal systems, including international systems such as those of the World Trade Organization, NAFTA and European Union, permit the use of supplier lists, including mandatory lists, to a greater or lesser extent. However, it is considered good practice to include significant controls over the use of supplier lists to ensure that they operate in a competitive and transparent manner (...)" ARROWSMITH, Sue. *Supplier Lists and Framework Agreements*. *Op. cit.*; p.117.

(57) VOLOSIN, Natalia. *Comparative Public Procurement in Latin America & the Caribbean*. En: *European Public Private Partnership Law Review*. No. 3. 2012; p. 155.

(58) Véase el Reglamento al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y otras, Decreto Nacional 734 de 13 de abril de 2012, que establece en el Artículo 6.4.5. (Requisitos habilitantes de personas extranjeras no inscritas en el Registro Único de Proponentes por no tener domicilio o sucursal en el país) lo siguiente: "Las entidades contratantes deberán verificar directa y únicamente la información sobre la capacidad jurídica, y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes para el caso de las personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia. En consecuencia, a los citados oferentes no se les podrá exigir el registro único de proponentes.

Para tal efecto, deberán señalar en el respectivo pliego de condiciones las condiciones que se exigen, los parámetros de verificación y equivalencia, así como los documentos que para tal efecto deberán ser presentados. En ningún caso las



Giovanna García Saavedra

exigencias que podrían resultar si no imposibles al menos altamente costosas de cumplir para un operador extranjero y, con ello, tiende a lograr una mayor concurrencia en el mercado de operadores optimizando la competencia, principio de la contratación pública en general.

Como se puede observar, la práctica seguida no es uniforme en cuanto a la exigencia de contar con registros de proveedores (listas). No obstante, sí hay una tendencia a exigir mínimos de calificación a modo de condiciones para ser considerados en los distintos sistemas de contrataciones públicas. En tales casos, el criterio seguido es la inclusión de operadores que demuestren ciertas capacidades, buscando que los procesos se desarrollen eficientemente, y garantizando la competencia en beneficio de los objetivos de los sistemas.

3.2. Reinterpretación de las normas aplicables en función del objeto y fin de las normas de contratación pública

En líneas generales el propósito que cumple el registro es reducir costos de transacción, en la medida que parte del proceso de selección para otorgar una serie de contratos de obra se completa en un único momento. En tal virtud, cuando se exige a una persona jurídica que actúa como parte de un grupo la probanza de experiencia para su inscripción en el RNP, lo que incide además en la habilitación de una determinada capacidad permitida para contratar, debería interpretarse que dicha exigencia no puede *de facto* imponer una limitación a la plena participación de una solicitante que podría estar suficientemente calificada, sino más bien la aplicación de la normativa debe

propender al ingreso al mercado de agentes económicos más eficientes.

Las interrelaciones entre empresas han atravesado y vienen atravesando por una serie de cambios y el ordenamiento jurídico peruano no ha desconocido ello cuando se trata del uso eficiente de los recursos del sector público. Así contempla normas que prevén fórmulas para acreditar la experiencia en el caso de empresas que conforman consorcios (si bien cada una habría pasado por un análisis previo de inscripción en el RNP) y, aun cuando no es un supuesto expresamente regulado en lo que a capacidad técnica compete, se admite que las sucursales acrediten la experiencia de su matriz al considerar que habría una unidad entre ambas, bajo el manto de una única persona jurídica.

A mayor abundamiento, en el marco del régimen de concesiones se ha seguido una práctica tendente a favorecer una mayor participación de agentes del mercado más eficientes. Si bien el régimen de concesiones se encuentra expresamente excluido del ámbito de aplicación de la Ley⁽⁵⁹⁾, la racionalidad detrás de la contratación es o debería ser la misma, la búsqueda del mayor rendimiento al mejor

exigencias que se le hagan a los proponentes extranjeros a los que se refiere el presente artículo, podrán ser más gravosas que para los proponentes, servirán para crear condiciones de desigualdad, nacionales o extranjeros que deben tener registro único de proponentes, ni se podrán exigir documentos o información que no sea la estrictamente necesaria para verificar las condiciones a que se refiere el inciso primero.

Los proponentes plurales que tengan al interior de sus integrantes personas extranjeras no inscritas en el Registro Único de Proponentes por no tener domicilio o sucursal en el país, deberán, de acuerdo a lo que dispongan los pliegos de condiciones, acreditar los requisitos habilitantes de dichos integrantes directamente ante las entidades estatales, quienes deberán realizar la verificación de la documentación de manera directa.

Dado que el CIU es de carácter internacional no requieren de ningún tipo de homologación por parte de la entidad estatal, en caso que esta emplee y/o exija, en los pliegos de condiciones, que se clasifiquen y califiquen según dicho Sistema de Clasificación. Las entidades estatales contratantes podrán generar formularios para los oferentes internacionales que no se pueden inscribir en el RUP, similares a formularios modelo utilizados por las Cámaras de Comercio del país y los publicarán en el SECOP, como un anexo a los pliegos de condiciones, para que los proponentes extranjeros interesados los diligencien y los entreguen, junto con la documentación exigida como soporte de la información, directamente a la respectiva entidad estatal con los soportes pertinentes”.

(59) El régimen de concesiones sobre recursos naturales, obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos se encuentra expresamente excluido conforme al artículo 3, numeral 3.3 literal m) de la Ley. Sin perjuicio de ello, cuestión

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta vis-à-vis realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

costo (relación precio y calidad) y la eficiencia en el uso de los recursos. Así por ejemplo, en las bases para el contrato de la Autopista del Norte se señala que para la acreditación de la capacidad técnico-operativa:

“El Postor o integrante del mismo, en caso de Consorcio, o un tercero, que pretenda invocar su participación en otros proyectos anteriores, para los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos de carácter técnico-operativos exigidos en estas Bases, deberá demostrar haber participado con un mínimo de un veinte por ciento (20%) en la sociedad o Consorcio constituido para tal efecto, o mostrar su relación contractual con terceros que acredite la experiencia en operación que invoca. Dicha participación también podrá ser acreditada a través de empresas subsidiarias del Postor o de cualquiera de los integrantes del mismo, en caso de Consorcio, siempre y cuando éste posea el control efectivo en dicha subsidiaria⁽⁶⁰⁾”.

El que en dicho régimen se acuda al uso de estos criterios no solo significa tener en cuenta una realidad inexorable como es la transfiguración de los agentes económicos y su movilidad en el desarrollo de sus actividades, sino que es acorde con los principios de eficiencia y de libre concurrencia y competencia, que guían el actuar de las entidades públicas en el uso de los recursos del Estado. Ello en tanto que los principios son órdenes de optimización, es decir, siguiendo a Alexy⁽⁶¹⁾, “norms commanding that something be realized to the highest degree that is actually and legally possible”. En

esa línea, el principio de concurrencia y libre competencia no solo ordena que se adopten las acciones positivas necesarias para favorecer la objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de los proveedores, sino que demanda que el regulador se inhiba de adoptar acciones que restrinjan la más efectiva aplicación de este principio⁽⁶²⁾.

La forma en que las listas, como pueden ser los registros, son implementadas en la práctica tiene el potencial de restringir la competencia⁽⁶³⁾. Al aplicar las normas sobre acreditación de experiencia para efectos del registro y la asignación de una capacidad máxima de contratación, se debe tener presente que entre más amplia sea la base de posibles ejecutores de obras, la elección en un proceso dado será más eficiente. Ello no presupone desconocer los requerimientos exigidos sobre condiciones previas, sino entender e implementar las normas al contexto actual y en función a los principios rectores y objetivos de la contratación pública.

Si como se prevé en las normas la acreditación de experiencia es de la mayor relevancia para la asignación de la capacidad máxima de contratación, dado que solo aquél que detente

distinta sobre la que cabe llamar la atención es si la exclusión del régimen de concesiones de las referidas normas que regulan la contratación pública resulta en beneficio del sistema, pues como sostiene Volosin: “(...) if the scope of application is limited, it is of little importance how inclusive the legislation is in its substantive regulations: the country will have an excellent law applicable to only a few institutions...even if the special regulations that govern the institutions that are not included are substantively reasonable, the two fundamentals of any procurement system (transparency and competition) will still be affected”. VOLOSIN, Natalia. *Óp. cit.*; p. 151.

- (60) Véase las bases del concurso para la entrega en concesión de la Red Vial No. 4 que comprende los Tramos Viales Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N, parágrafo 5.2.1, literal b). En igual sentido, véase como ejemplos recientes las bases del Contrato del Tren Eléctrico en el marco del concurso que tiene por objeto la entrega en Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, tramo Villa El Salvador - Avenida Grau - San Juan de Lurigancho, parágrafo 5.2.1; y las bases del contrato de ADP en el marco del concurso que tiene por objeto la entrega en Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, parágrafo 5.2.1.
- (61) ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. En: Ratio Juris. Volumen XIII. No. 3. Septiembre 2000; p. 295.
- (62) Se debe anotar que la aplicación de los principios no siempre estará exenta de análisis en tanto que en algunos casos podría presentarse un conflicto entre principios como medios para conseguir alguno de los objetivos. Véase ALEXY, Robert, *Óp. cit.*; pp. 295-297.
- (63) Supra nota 56.



Giovanna García Saavedra

una mayor y/o gran experiencia en obras de envergadura podría contratar con el Estado la ejecución de obras de ciertas dimensiones, la aplicación eficiente de las mismas debe garantizar que efectivamente ingresen operadores calificados. Esto se lograría con la inclusión de personas jurídicas que pertenecen a grupos nacionales y/o extranjeros, que actúan incluso en el exterior y que desarrollan como grupos grandes obras de infraestructura, donde la sinergia entre ellas les permite adquirir la experiencia necesaria.

Una interpretación estricta de qué se requiere para acreditar experiencia en base a las normas aun cuando permitiría la inscripción de este tipo de personas jurídicas no optimiza lo que las mismas pretenden, ni se ajusta a la realidad imperante en cuanto a la actuación de los grupos económicos en los mercados. En efecto, aun cuando no se impide que una persona jurídica con poca o nula experiencia por sí misma (aunque otras empresas del grupo sí cuenten con vasta experiencia) se inscriba en el RNP, la asignación de capacidad de contratación sería circunscrita a un límite tan bajo que tal operador se vería impedido de participar en procesos donde su experiencia grupal podría dar lugar a que la obra a desarrollar se haga al mejor nivel de rendimiento. En otras palabras, esta implementación impone en términos reales una restricción a la concurrencia de un operador que puede ser más eficaz en procesos para obras de mayor complejidad y, por ende, limita la competencia.

Cuando lo que se pretende con las normas de contratación pública es generar eficiencias en beneficio del bienestar general, arribar a una conclusión distinta a la apertura de una mayor concurrencia y competencia en la aplicación de las normas sobre acreditación de experiencia, podría tener serios efectos y ocasionar distorsiones. La competencia trae consigo la aproximación de los precios a costos marginales, la reducción de los costos en sí mismos en la medida que los operadores compiten por su propia supervivencia, impulsa la

innovación y hace posible que los operadores aprendan uno del otro ocasionando de esta forma el mejoramiento de los productos en beneficio de la demanda⁽⁶⁴⁾. Si tal es la importancia de garantizar la competencia para un eficiente sistema de contratación pública, adoptar un criterio interpretativo que se desvíe de la maximización de este principio cuando tal alternativa es posible, resulta contradictorio respecto a los principios rectores de la contratación pública y a lo que demandan tales normas en su implementación.

Más aún, una apertura como esta, a partir de una interpretación de la acreditación de experiencia desde una visión holística de las normas de contratación pública para el caso de los grupos económicos, no afecta a las pequeñas y medidas empresas que están sujetas a un régimen especial conforme a las propias normas de contratación pública. Asimismo, tampoco favorece a los grupos extranjeros respecto de los locales, en tanto que se busca la aplicación uniforme a toda persona jurídica en dicho contexto. Piénsese, además, que tanto las empresas locales como extranjeras tendrán ventajas competitivas unas respecto de otras. Por un lado las empresas locales conocen el mercado local y el sistema de administración pública de mejor manera, y tienen un acceso más directo al mercado, mientras que las extranjeras tendrían mayor acceso a desarrollos y recursos tecnológicos. En consecuencia, el regulador debería actuar de manera conducente a la obtención de los objetivos de la contratación pública⁽⁶⁵⁾.

(64) ANDERSON, Robert, William KOVACIC y Anna MÜLLER. *Ensuring Integrity and Competition in Public Procurement Markets: A Dual Challenge for Good Governance*. En: ANDERSON, Robert y Sue ARROWSMITH (Ed.). *The WTO Regime on Government procurement: Challenge and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011; p. 691.

(65) A mayor abundamiento, es claro que hoy en día la economía se mueve en un mercado global, y esto incluye los sistemas de contratación pública como se explica del desarrollo de la práctica internacional en la materia, no solo a nivel multilateral sino de las relaciones bilaterales a partir de los TLC suscritos y ratificados por el Estado peruano. En ese sentido, coincidimos con Ssenoga cuando señala que “[o]penness allows firms to keep in touch with global markets. A high rate of economic interaction [with the rest of the world] speeds the absorption of frontier technologies and global management best practices, spurs innovation and cost cutting, and competes away monopoly”. SSENNOGA, Francis. *Examining Discriminatory Procurement Practices in Developing Countries*. En: *Journal of Public Procurement*. Volumen VI. Número 3, 2006; p. 222. Si bien Ssenoga

La acreditación de experiencia como ejecutor de obras de personas jurídicas que pertenecen a grupos económicos: Aplicación normativa estricta *vis-à-vis* realidad comercial
Accreditation of experience as executor of works of legal persons belonging to economic groups: Applying strict rules vis-à-vis commercial reality

A lo que se debe aspirar es a que la primacía de la realidad impere en beneficio de la eficiencia en la contratación pública y de todos los agentes del mercado, con lo cual se logran los objetivos del sistema. Es así que, ante supuestos de hecho como los de grupos económicos empresariales que buscan inscribir a una de sus empresas acreditando la experiencia de manera comprensiva, nada impediría que se admita dicha sustentación con cargo a obras hechas por una vinculada (o en colaboración con esta), en la medida que la solicitante acredite suficientemente que dispone de tales medios y que se sirve de estos en su realización de negocios.

4. Comentarios Finales

La eficiencia en la contratación pública y el principio de concurrencia y libre competencia deben ser una fuerza motriz en relación con la implementación efectiva de las normas. En ese sentido, frente a las normas de sustentación de capacidad técnica para efectos del registro como ejecutor de obras en el RNP, vía la acreditación de experiencia, se debe buscar la mejor manera de lograr los objetivos de la regulación considerando la realidad a la que se va a aplicar.

A tal efecto, si bien la discrecionalidad del regulador está limitado por el cuerpo normativo al que se adhiere, esto no significa que no pueda interpretar el mismo, más aun es del regulador de quien se espera un mayor y más sofisticado escrutinio normativo, siendo el órgano experto en la materia. La implementación de las normas no puede estancarse en aproximaciones formalistas, sino que se debe propender a la optimización del sistema de contratación pública.

Así, la información que se reciba de acreditación de experiencia de un operador económico debe someterse a un criterio hermenéutico que permita lograr el propósito de las normas de contratación pública, interpretando las mismas en función a los fines que se persigue, los cuales buscan la mayor intervención de agentes económicos calificados, obtener nuevas fuentes de recursos y abaratar los costos. Por consiguiente, permitir que agentes con estructuras más eficientes puedan ingresar a participar en el mercado local tiende a favorecer el cumplimiento de los fines de la administración pública.

En la práctica, la actuación a través de grupos empresariales conlleva una serie de ventajas para los operadores, como se ha descrito en los acápites precedentes, por lo que es cada vez más común el reparto de tareas entre las distintas empresas vinculadas para la ejecución de un mismo proyecto. Estas ventajas *ad intra* del grupo se pueden extrapolar al contratante quien, de esta manera, habría contratado una obra sobre la base de la mejor relación precio-calidad disponible, sin olvidar la mejoría que ello representa para beneficiarios últimos de la obra contratada, los usuarios.

En tal sentido, si un operador de un grupo económico solicita su inscripción como ejecutor de obra en el RNP acreditando como suya aquella experiencia obtenida a través de las obras llevadas a cabo por y/o con sus vinculadas, y si puede demostrar ese vínculo estructural que hace posible invocar las referencias de operadores distintos al solicitante (por ejemplo, por su estructura organizativa multidimensional), es en el mejor interés del sistema de contratación pública que el regulador analice las pruebas y determine si procede o no calificar al operador con suficiente cualidades técnicas para el desarrollo de obras. Dicho análisis debe ir más allá de aspectos formales o literales de las disposiciones normativas y guiarse por el conjunto de normas que rigen la contratación pública, incluidos los principios. Negar dicha posibilidad aduciendo la ficción de la personería jurídica distinta entre operadores es una interpretación involutiva de las normas de contratación pública y contraria a los objetivos y principios que esta proclama. 

desarrolla este argumento en el marco de prácticas discriminatorias en la contratación pública entre operadores locales y extranjeros, el mismo puede trasladarse al campo de aquellos operadores que funcionan en esquemas de grupos, en tanto que lo que se busca es incorporar en el mercado a operadores eficientes.