

Las empresas vinculadas, la reorganización societaria y los testaferros en el marco de los impedimentos para contratar con el estado

Carlos Carpio Ramírez¹

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Caso de Empresas Vinculadas. 3. Caso de Reorganización Societaria. 4. Caso de Testaferros.

PALABRAS CLAVE:

Inhabilitación para Contratar con el Estado, Impedimento para Contratar con el Estado, Empresas Vinculadas, Reorganización Societaria, Fusión, Absorción, Testaferro, Canal de Comercialización.

KEY WORDS:

Ineligibility to Contract with the State, Impediment to Contract with the State, Related Companies, Corporate Reorganization, Fusion, Absorption, Figurehead (Front Man), Marketing Channel.

RESUMEN:

Una de las causales de inhabilitación para contratar con el Estado es aquella vinculada a contratar con éste estando impedido de hacerlo. Entre otros, está impedida de contratar con el Estado, la sociedad que cuenta con accionistas, directores, representantes legales o apoderados comunes al sancionado. También lo están aquellos que recurren a la reorganización societaria o a los testaferros para enervar los efectos de la sanción impuesta. El presente artículo aborda estos casos y plantea en qué supuestos el impedimento no debiera operar.

ABSTRACT:

One of the causes for debarment from contracting with the state is that related to contract with it being prevented from doing so. Among others, is barred from contracting with the government, the company who has shareholders, directors, legal representatives

¹ Experto en Contratación Pública y Derecho Administrativo. Socio Senior de Rodrigo, Elías & Medrano. Consultor Internacional. Abogado. ccarpio@estudiorodrigo.com

or attorneys in common with the suspended company. So are those who resort to the corporate reorganization or figureheads to weaken the effect of the penalty imposed. This article discusses these cases and arises in which cases the impediment should not operate.

1. Introducción

El artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), establece los supuestos de impedimento para ser participante, postor y contratista en los procedimientos de contratación que llevan a cabo las entidades públicas sujetas a dicha normativa.

Naturalmente, el impedimento comprende en primer término a las personas que se encuentran sancionadas² administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en proceso de selección y contratar con Entidades³, pero también se extiende también —entre otros supuestos— a aquellas sociedades que cuenten con accionistas, directores, representantes legales o apoderados comunes con la sancionada.

El artículo 237⁴ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, RLCE) ha incluido como impedidos adicionales, a las empresas que deciden acoger por la vía de la reorganización societaria a los impedidos. También se incluye a los testaferros de los impedidos.

En el caso de la reorganización societaria el impedimento alcanzaría a las personas jurídicas resultantes de dicha reorganización, en el marco de lo regulado en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades⁵.

En el caso de la utilización de testaferros, el impedimento alcanzaría a las personas naturales y jurídicas que actúen como tales.

No es materia del presente artículo analizar la constitucionalidad o no de los alcances de este impedimento, que en su vertiente ampliada, va más allá de limitar el derecho a Contratar con el Estado a quien realizó una conducta sancionable, extendiendo sus efectos restrictivos de derechos a personas que desde el punto del vista del Principio de Causalidad Administrativo, no realizaron la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. Adelantamos sin embargo que en nuestra opinión, el impedimento resulta desde este punto de vista altamente cuestionable, más aún si en el caso de la reorganización societaria y los testaferros la limitación se impone por vía reglamentaria⁶ y el Decreto Supremo que regula su incorporación carece de motivación que sustente las razones que tuvo el Legislador para hacerlo.

² Las sanciones a las que se refiere este literal son las que impone el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, (en adelante el Tribunal de Contrataciones), en virtud de lo establecido por el literal b) artículo 63 de la LCE y el Título IV del RLCE.

³ Ver literal j) del artículo 10 de la LCE.

⁴ Según ha quedado redactado por la modificación dispuesta mediante Decreto Supremo N° 046-2011-EF.

⁵ Entre otras, nos referimos a las figuras de transformación, fusión o escisión.

⁶ En virtud de la delegación que en este punto hace la LCE a su favor. Ver literal l) del artículo 10° de la LCE.

Al margen de lo anterior, por el grave riesgo y responsabilidad que impone a los partícipes, postores y contratistas del Estado, resulta necesario analizar sus alcances en función a los términos literales en que ha sido recogido dicho impedimento.

Es objeto del presente artículo plantear algunas reflexiones sobre este delicado asunto.

2. Caso de Empresas Vinculadas

El literal k) del artículo 10 de la LCE dispone que se encuentran impedidos de contratar con el Estado: *“Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos 12 meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales, hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente”*. Como se aprecia, la norma prevé la hipótesis de una sociedad sancionada que coexiste con otra que no tiene ninguna sanción, siendo que ésta última alberga en su interior a determinados sujetos que por su condición común en ambas (nosotros llamaremos en adelante a esta circunstancia “relación vinculadora”), arrastran a la no sancionada a ser considerada como una suerte de “fronting” elusivo de la que sí lo es.

Esa “relación vinculadora” se refleja, a criterio de nuestro legislador, en el accionista con más del 5% de titularidad en ambas sociedades, en el director común a ambas, en el apoderado o representante legal común a ellas, entre otros supuestos.

No se sabe con claridad las razones que llevaron al Legislador a quebrar el Principio de Causalidad Administrativo y de forma indirecta, responsabilizar con la sanción a quien no la cometió.

Sin embargo, es importante tener presente que la opción adoptada por el Legislador es grave porque como se sabe, un elemento esencial dentro del proceso de determinación de la responsabilidad administrativa es individualizar el hecho infractor o presunta infracción cometida e imputarla al sujeto que conforme al ordenamiento legal debe responder por la comisión (sea por acción u omisión) de dicha infracción.

El proceso de determinación de la infracción administrativa cometida (individualización del hecho infractor) y su posterior imputación individualizada al sujeto que cometió dicha infracción forman parte del Principio de Causalidad de las sanciones administrativas, recogido en el numeral 8) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma que señala que *“La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”*.

Este Principio de Causalidad Administrativo, está vinculado con el Principio de Personalidad de las sanciones administrativas, el cual es definido por la doctrina en los siguientes términos:

“El principio constitucionalizado de personalidad de las sanciones o responsabilidad personal por hechos propios supone la exigencia de individualización de la sanción. No es posible hacer responsable a una persona por un hecho ajeno. La sanción puede recaer sólo sobre aquel que ha realizado una acción u omisión sancionable (...)”⁷.

En esa medida, si alguna persona comete una infracción administrativa, este hecho sólo puede ser imputado a dicha persona sin que dicha imputación individualizada pueda ser trasladada a persona diferente, salvo que exista norma expresa que atribuya efectos de solidaridad en cuanto a la responsabilidad administrativa (como pasa por ejemplo en el ordenamiento jurídico tributario).

En el campo administrativo sancionador, entonces, está claro que el que cometió un acto o realizó una conducta calificada jurídicamente como infracción, es el único que puede responder por ella, en aplicación del Principio citado de Causalidad.

Pese a ello, en nuestro Ordenamiento, el Legislador de Contratación Pública ha trasladado esta responsabilidad de manera indirecta (por la vía del impedimento), a terceras personas que no participaron en el hecho infractor, simplemente por la circunstancia de tener dentro de su organización interna, por ejemplo, a los sujetos con la comentada “relación vinculadora”.

Si la razón fue asumir que tales sujetos tienen determinadas calidades o facultades en las dos sociedades (dueños, administradores, apoderados, entre otros), que les permite utilizar la segunda persona jurídica para burlar la sanción impuesta a la primera, la razón parece insuficiente y en otros casos equivocada.

Insuficiente porque no abordó un caso mucho más grave de vinculación, esto es, el de la empresa accionista al 100% de la sancionada. En este supuesto no existe un accionista común a la sancionada y a otra que no lo está, sino simplemente una empresa dueña completamente de otra. No estando el caso citado comprendido dentro del tipo de la norma impeditiva, no puede ser incorporado a ella extensivamente o por analogía, por tratarse ésta última de una norma que limita derechos. Al margen de lo anterior, la simple tenencia accionaria no siempre involucra o supone control, menos aún en el porcentaje señalado en la norma.

Por otro lado, parece equivocado concluir que la simple condición de apoderado común de una empresa sancionada y otra que no lo es debe llevar a trasladar indirectamente a la segunda los graves efectos punitivos de la sanción. En efecto, un apoderado para aspectos totalmente desvinculados a la actividad principal de contratación pública de la sancionada, como lo sería aquel apoderado especial para fines laborales, bancarios o aduaneros o para cualquier otra gestión puntual intrascendente al tema público, tendría el inconveniente de transmitir los efectos del impedimento a su apoderada, lo que parece abiertamente desproporcionado e irracional.

No parece clara la razonabilidad tampoco en el caso de grupos económicos que precisamente, por su condición de tales, albergan en su interior muchas ramas de

⁷ **DE PALMA DEL TESO, Ángeles:** El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. Madrid, 1995. Página 65.

actividad, algunas totalmente disímiles entre ellas, con accionistas listados en bolsa, etc, que no pueden tener claro por todo lo anterior en qué casos y por qué algunas de esas empresas están impedidas de contratar con el Estado.

El problema resulta aún más grave si se tiene en cuenta las empresas que actúan en consorcio, y que por dicha circunstancia, deben mantener al representante común durante toda la vida del contrato ganado. En esos casos ¿debe apartarse al representante común de dicho cargo cuando se conoce de la sanción a imponerse a la consorciada en el marco de un contrato totalmente diferente? ¿y si la Entidad Contratante no lo acepta?.

3. Caso de Reorganización Societaria

Un segundo caso en el cual nuestro Legislador quiebra el Principio de Causalidad Administrativo es aquel de la Reorganización Societaria.

CABALLERO SÁNCHEZ es categórico al señalar –abordando precisamente el caso de las reorganizaciones de sociedades-- que la disolución de la persona jurídica entraña la extinción de una sanción de esta naturaleza (por aplicación del Principio de Personalidad de las sanciones).

Al respecto, precisa:

“(...) De todas formas, las sanciones privativas de derechos no son por definición transmisibles y desaparecen con la personalidad jurídica. En cambio, parece que las multas sí deben considerarse como parte del pasivo patrimonial que debe liquidarse antes de la disolución, o si no es posible, repartirse entre los socios”⁸.

La doctrina especializada ha señalado su clara negativa a afirmar que la responsabilidad administrativa sancionadora sea trasladable a una sociedad absorbente en una operación de fusión, en la medida que ello contravendría el Principio de Causalidad, y además porque la responsabilidad administrativa sancionadora se extinguió con la extinción de la persona jurídica absorbida, con efectos similares a la muerte de una persona física. Así, GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES señalan lo siguiente:

“En la segunda hipótesis, fusión de sociedades, parece claro que se produce la extinción de la sociedad absorbida o de las sociedades que se funden (...). Desde nuestro punto de vista, la Ley es inequívoca al afirmar que la sociedad absorbida, o las sociedades que se funden, se extingue(n) y, por consiguiente, desde tal perspectiva en nada se diferencia tal situación de las hipótesis en las que se produce la muerte física de una persona natural o de los casos en los que se disuelve definitivamente una sociedad. (...) Resulta ilustrativo poner de relieve cómo las sanciones administrativas no siempre consisten en una multa pecuniaria. Como venimos subrayando, cabe la posibilidad de que impliquen otra pérdida de derechos, por ejemplo el derecho a contratar con la Administración. En este último caso, la afirmación conforme a la cual la sanción debe ser asumida por la sociedad resultante de la fusión o por la sociedad absorbente (a la que se le

⁸ Cfr. CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael: “Las formas de extinción de la responsabilidad administrativa. En: Revista Justicia Administrativa”. Número especial dedicado al análisis de las Infracciones y Sanciones Administrativas. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002. Páginas 130-131.

prohibiría contratar con la Administración, pese a no haber intervenido en absoluto en la comisión de la infracción administrativa) sería inequívocamente incompatible con el principio de personalidad de las sanciones. En definitiva, dado que la solución debe ser única en uno y otro caso (cuando la sanción es pecuniaria y cuando no lo es), no hay más remedio que concluir que no cabe la transmisión de responsabilidad por la comisión de una infracción”⁹.

En tal sentido, tanto la normativa aplicable (LGS y LPAG), como la doctrina especializada en materia de Derecho Administrativo Sancionador dejan claramente establecido que la responsabilidad administrativa sancionadora recae solamente en quien cometió la infracción administrativa, y que si dicha persona jurídica se extingue (como sucede en una fusión por absorción) la responsabilidad se extingue en la persona jurídica absorbida. Por lo demás, los efectos de la fusión por absorción, conforme lo sostiene la norma, implican que *“La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas”*. Sin embargo, y pese a que algún sector minoritario de la doctrina considera que la transmisión del patrimonio implica la transmisión de deudas (por ejemplo tributarias o multas derivadas de sanciones administrativas), lo cierto es que la fusión de los patrimonios derivados de una fusión no pueden implicar en modo alguno que se transmitan las restricciones de derechos como claramente lo es una sanción de inhabilitación, impuesta o aún sin imponer, las cuales son personalísimas y se extinguen en cabeza de las sociedades extinguidas por efecto de la fusión.

Nuestro Legislador, sin embargo, considera que si la reorganización societaria fue urdida con el propósito de eludir la inhabilitación para contratar ya impuesta a la sancionada, la fusionante o absorbente asumen a título de impedidas, la restricción para contratar con el Estado. Naturalmente, si la reorganización fue decidida con anterioridad a la sanción o si la fusionante o absorbente demuestra que no tuvo como designio sustraer o enervar la responsabilidad del sancionado sino debido a decisiones globales que le son ajenas, el impedimento no debe operar. La jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones del Estado parece estar alineada con esta interpretación, lo que resulta saludable.

4. Caso de Testaferros

Este es un tercer caso en el que la LCE traslada por vía del impedimento los efectos punitivos de la sanción de inhabilitación para contratar con el Estado a quien no cometió técnicamente la infracción.

Pese a ello, la LCE, el RLCE ni las Directivas que emite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) contienen una definición del término “testaferro”. Tampoco existe a la fecha Pronunciamiento u Opinión de los Órganos de Línea del OSCE o Resolución del Tribunal de Contrataciones que aborde dicho concepto. Únicamente se cuenta a la fecha con el material de enseñanza publicado por OSCE del curso denominado: “Cómo vender con éxito al Estado”¹⁰, elaborado por el Actual Vocal del Tribunal de Contrataciones, integrante de la Cuarta Sala, Dr. Héctor Inga Huamán,

⁹ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES: Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo. 2da edición. Aranzadi – Thomson Reuters. Madrid, 2010. Páginas 689-690.

¹⁰ www.osce.gob.pe/consuocode/userfiles/image/cap2_m2prov.pdf

en donde se manifiesta lo siguiente con relación al alcance del impedimento establecido en el artículo 237 del Reglamento:

“Al respecto, en el Diccionario Jurídico que se encuentra publicado en el portal institucional del Poder Judicial (www.pj.gob.pe) se indica que el término testaferro designa al sujeto que presta su nombre en un hecho económico, contractual o jurídico, representando de manera oculta los intereses de otro.

En ese sentido, cuando un proveedor sancionado por el Tribunal utilice a otro proveedor para seguir vendiendo sus productos a través de éste, sin que haya un canal de comercialización previa y legalmente establecido, con la intención de eludir la sanción, éste proveedor (el testaferro) se encontrará sujeto a la prohibición que afecta a aquél.” En función a lo anterior puede concluirse que la finalidad del artículo 237° del RLCE es hacer extensivo el impedimento a quienes tengan la intención manifiesta de eludir la sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones a través de la intervención de otra persona natural o jurídica que se limita a representar, de manera subrepticia, los intereses de la persona sobre quien recae la sanción.

Siendo ésta la finalidad de la norma, no debe operar la extensión del impedimento cuando se puede verificar que existe una relación comercial establecida con anterioridad a la imposición de la sanción administrativa entre el sujeto sobre el que recae la sanción y los sujetos que comercializan los productos proveídos por el primero, máxime si se verifica que estos sujetos involucrados integran una cadena de distribución asociada a un producto o gama de productos determinados.

Esta interpretación se corresponde con lo manifestado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE en reiteradas Opiniones¹¹, cuando señala que:

“La normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en ella pueda ser participante, postor o contratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley.

Al respecto, cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal -Libre Concurrencia y Competencia, Publicidad, Transparencia, Trato Justo e Igualitario, entre otros- así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú.

En esa medida, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones del Estado, sólo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley. Asimismo, dichos impedimentos deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a supuestos que no se encuentren expresamente contemplados en la Ley.

¹¹ Así por ejemplo, podemos citar la Opinión N° 101-2011/DTN.

De acuerdo a lo reseñado, la regla general es el libre acceso a las contrataciones del Estado por parte de todos los agentes del mercado y, si bien existe una disposición expresa que establece que están impedidos de contratar con la Entidades públicas los “testaferros” que actúan en nombre y respondiendo a los intereses de un sujeto sancionado por el Tribunal de Contrataciones, este impedimento no puede alcanzar a todas las personas naturales o jurídicas con las que el sujeto sancionado tiene establecido vínculos comerciales anteriores a la imposición de la sanción.

No obstante, cabe la posibilidad de que el incremento de los volúmenes de comercialización entre los sujetos involucrados —por ejemplo, entre un fabricante o importador que haya sido sancionado por el Tribunal de Contrataciones y uno de sus distribuidores—, precisamente, luego de impuesta la sanción, pueda ser ponderada como una conducta que revelaría un acuerdo para eludir la sanción vigente

En efecto, la verificación objetiva del incremento de los volúmenes de comercialización, que no guarde relación con las transacciones habituales o estacionales de los sujetos comprometidos, constituye un elemento que el Tribunal de Contrataciones, ante un eventual procedimiento sancionador en contra del sujeto sobre el que no recae sanción vigente, podría interpretar como la configuración de la intervención de un “testaferro”.

Si el distribuidor mantiene una línea de distribución de productos del sancionado en términos similares en volumen y cantidad a la que tenía con anterioridad a la sanción que se imponga a éste último, aquel no debiera ser considerado como impedido para contratar con el Estado.

Tampoco debiera configurarse el impedimento si como consecuencia de una sanción al consorciado causada en una inconducta que nada tiene que ver con el Contrato en el cual participan conjuntamente, la contraparte no sancionada recurre a la empresa matriz, fabricante del producto, para proveérselo directamente, siempre y cuando aquella contraparte pueda satisfacer las demás exigencias señaladas en las Bases, ahora de manera individual. Esta opinión resulta tanto más importante en el caso de productos únicos, ofertados por consorcios conformados por distribuidores y subsidiarias de laboratorios fabricantes extranjeros, que obligando al distribuidor a tener que participar con la subsidiaria del fabricante por razones comerciales de autorización para venta de productos en el país, como consecuencia de una sanción a la empresa subsidiaria del laboratorio, el producto tenga que dejar de venderse en el Perú, lo que parece irracional y antes que una sanción a la empresa, una sanción al producto.

Recibido: 12/08/2013
Aprobado: 09/09/2013