

La Extinción de la Responsabilidad Sancionadora Administrativa en los Supuestos de Fusiones, aplicada a la Contratación Pública

Víctor Sebastian Baca Oneto*
Eduardo Ortega Sarco**

Resumen:

En el presente artículo se analizará la temática referente a la extinción de la responsabilidad sancionadora en los casos en que una persona jurídica desaparezca. Para ello, primero se analizará los supuestos que existen de transmisión de la responsabilidad en los casos que se refieren a la extinción de la personalidad jurídica. Finalmente, se analizará la legislación peruana existente sobre los contratos públicos y la transmisión de responsabilidades en los casos de extinción por fusión de las personas jurídicas.

Palabras clave:

Transmisión – Responsabilidad – Personalidad Jurídica – Contratos Públicos – Fusión – Extinción

Abstract:

In this article, the extinction of disciplinary responsibility in cases where a company disappears will be analyzed. To do this, firstly we will study cases of transmission of the responsibility in the cases referred to the extinction of the legal personality. Finally, the Peruvian legislation on public procurement and the transfer of responsibilities in cases of extinction by merger of legal entities will be analyzed.

Keywords:

Transmission – Responsibility – Legal status – Public procurement – Extinction

Sumario:

1. Transmisión de responsabilidad en los casos de extinción de la personalidad jurídica –
2. La legislación sobre contratos públicos y la transmisión de responsabilidades en los casos de extinción por fusión de las personas jurídicas

* Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Profesor ordinario de Derecho administrativo en la Universidad de Piura. Jefe del Área de Derecho Administrativo de Ferrero Abogados. Miembro de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con un postgrado en Derecho de las Concesiones por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor del Programa de Especialización en Gestión y Supervisión de Contratos de Infraestructura y Servicios Públicos del Instituto de Regulación & Finanzas de la Universidad ESAN. Asociado del Departamento de Derecho Administrativo de la oficina en Lima de Garrigues.

1. Transmisión de responsabilidad en los casos de extinción de la personalidad jurídica

Una de las formas de extinción de la responsabilidad en materia sancionadora, tanto penal como administrativa, es la desaparición del sujeto que cometió la infracción, ya sea antes de que hubiera sido impuesta la sanción o incluso después, tanto si la resolución que la establece ha sido recurrida como si ya es firme y se encuentra en ejecución. Así lo exigiría el principio de personalidad de las penas, que impediría que los herederos o sucesores de un infractor cumplan con sus condenas.

En el ámbito penal, donde tradicionalmente los castigos son privativos de libertad y se imponen a las personas naturales, la muerte de éstas conlleva la extinción de la responsabilidad, sin importar si la sanción ha sido impuesta o no. Como lo indica el brocardo latino, *mors omnia solvit*.

Sin embargo, en el Derecho administrativo sancionador los infractores generalmente son personas jurídicas, que no mueren, sino que se extinguen, a través de dos mecanismos que a su vez son sustancialmente distintos, pues en un caso la “empresa” como organización de personas y bienes dirigidas a un objetivo determinado desaparece también, mientras que en el otro continúa, aunque en manos de un titular diferente.

El primer caso es la extinción luego del procedimiento de disolución y liquidación, mientras que el segundo es el de las fusiones y escisiones. No obstante, ambos supuestos tienen en común que la extinción de la personalidad se produce casi siempre intencionalmente, a diferencia de lo que generalmente ocurre en las personas naturales, por lo que resultaría relativamente sencillo liberarse de la responsabilidad¹. Por esta razón, la regla de la extinción de la responsabilidad se matiza considerablemente, al establecerse que en ciertos casos quienes se convierten en sucesores universales del patrimonio de la persona jurídica se hacen responsables por las infracciones y sanciones de ésta.

Por tanto, en los epígrafes siguientes se analizarán las consecuencias que tiene para la responsabilidad en materia sancionadora, cada una de las formas de extinción de la personalidad señaladas, aunque es preciso hacer dos advertencias. En primer lugar, la transmisión de la responsabilidad varía notablemente según se trate de una sanción pecuniaria o de una personal, como por ejemplo la inhabilitación del infractor para desarrollar una determinada actividad, al integrarse la primera en el patrimonio transmitido, a diferencia de la segunda. Por otro lado, las consecuencias de la extinción pueden variar en función del momento en que ésta se produzca, lo que puede ocurrir: (i) antes de que se inicie el procedimiento sancionador, (ii) cuando se ha iniciado el procedimiento, pero todavía no se ha impuesto una sanción, (iii) cuando se ha impuesto una sanción en la vía administrativa, la cual se encuentra recurrida en sede administrativa, (iv) cuando se ha impuesto una sanción en la vía administrativa, y ésta se encuentra recurrida en sede judicial; y (v) cuando la sanción ha sido impuesta mediante un acto firme, el cual se encuentra pendiente de ejecutar o en ejecución.

1.1 La transmisión de la responsabilidad sancionadora (pecuniaria) en los casos de disolución y liquidación

En primer lugar, las personas jurídicas pueden extinguirse a través de la disolución y liquidación, conforme lo establece el art. 421 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades (LGS). En este caso, antes de la extinción debe procederse a la disolución de la persona jurídica y su posterior liquidación, en la cual deben pagarse todas las deudas de ésta antes de repartir el capital social entre los socios, debiéndose realizar además las consignaciones correspondientes. Esta norma reconoce el derecho de los acreedores impagos de hacer valer sus créditos frente a los socios hasta por el importe que hubieran recibido, así como la responsabilidad del liquidador si el pago no se hubiera realizado por culpa de éste².

En el caso de la extinción por disolución y liquidación, cabe entender que los accionistas

1 LOZANO CUTANDA, B., “Persona jurídica, sujeto activo y responsable de las infracciones administrativas”, en Diccionario de Sanciones administrativas, Dir. LOZANO CUTANDA, B., IUJSTEL, Madrid, 2010, p. 611. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Español indicó en la Sentencia de 20 de septiembre de 1996 (Repertorio Jurídico Aranzadi 6787) que “es acorde con los principios del derecho punitivo, el que el infractor de una norma no pueda por su sola voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de sus facultades pudieran a través de un proceso de fusión, absorción, sustitución o sucesión voluntaria dejar sin efecto unas determinadas sanciones”. No obstante, corresponde indicar que en este caso el Tribunal Supremo entendió que la responsabilidad del infractor (la persona natural titular de una bodega de vinos) no era transmisible a sus herederos, pese a que continuaron con la actividad económica (la bodega continuó funcionando).

2 Art. 422 LGS: “[...] Sin perjuicio del derecho frente a los socios colectivos previsto en el párrafo anterior, los acreedores de la sociedad anónima y los de la sociedad en comandita simple y en comandita por acciones, que no hayan sido pagados no obstante la liquidación de dichas sociedades, podrán hacer valer sus créditos frente a los socios o accionistas, hasta por el monto de la suma recibida por éstos como consecuencia de la liquidación. [...] Los acreedores pueden hacer valer sus créditos frente a los liquidadores después de la extinción de la sociedad si la falta de pago se ha debido a culpa de éstos. Las acciones se tramitarán por el proceso de conocimiento”.

deberán responder (por el íntegro o hasta por el valor de su participación, según el tipo de persona jurídica) por el pago de la multa al momento de la liquidación, al menos cuando ésta ya hubiera sido impuesta³. Así se puede interpretar, por ejemplo, lo dispuesto por nuestra LGS (arts. 420 y ss.), cuando establece que antes de la extinción se deberá realizar el pago o consignación de los montos adeudados.

A diferencia de lo que sucede en el caso de las personas naturales, donde los sucesores a título universal no heredarían las sanciones no pecuniarias ni tampoco las pecuniarias, pues éstas se excluirían del pasivo del patrimonio a heredar, en el caso de las personas jurídicas las sanciones pecuniarias se incluyen dentro del patrimonio a liquidar, de modo que antes de proceder a la extinción deben ser pagadas.

Como puede apreciarse, existe una diferencia notable entre los dos supuestos. En el caso de las personas jurídicas la extinción de la personalidad se produce luego de la liquidación del patrimonio (determinando la diferencia entre el activo y el pasivo), después de lo cual éste se transmite éste a los socios.

Por el contrario, en el caso de las personas naturales la extinción de la personalidad se produce antes de cualquier liquidación del patrimonio, el cual es transmitido a los herederos a título universal desde el momento mismo de la muerte⁴. Es decir, en un caso la sanción debe cumplirse (o al menos provisionarse) *antes* de la transmisión patrimonial (que se produce una vez extinta la persona jurídica), mientras que en el otro se debe cumplir *después* de producida la

sucesión universal (la cual ocurre inmediatamente después de la muerte).

Por tanto, no compartimos la afirmación según la cual en el caso de extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas no opera el principio de culpabilidad, en tanto se admite la transmisión a los socios o accionistas de las sanciones que ya hubieran sido impuestas o que estuvieran en procedimiento⁵. En realidad, lo que aquí ocurre es que antes de que se produzca la extinción de la persona jurídica, ésta debe pagar sus deudas o al menos provisionarlas. Por tanto, si se le exige el pago de éstas a los socios (una vez extinta la persona jurídica), cuando no se cumplió este requisito durante la liquidación, en estricto no se está violando el principio de culpabilidad de las sanciones, sino que se está corrigiendo un incumplimiento de la ley, del cual aquellos (los socios) no pueden beneficiarse.

No obstante, más allá de este análisis, lo relevante es determinar en qué casos se transmite la responsabilidad por las infracciones cometidas por una persona jurídica a sus socios. En primer lugar, si la disolución y liquidación se ha producido antes del inicio del procedimiento sancionador, la eventual responsabilidad se habría extinguido, pues no sería posible iniciar dicho procedimiento contra los antiguos socios, en virtud del principio de personalidad de las penas⁶. Sin embargo, el problema de esta solución es que podría implicar que en algunos casos las infracciones quedan sin castigo, al menos cuando la persona jurídica se liquidó y disolvió lo suficientemente rápido⁷. Con el fin de evitar esta posibilidad se ha planteado en España acudir al segundo párrafo del art. 130.3 de la Ley 30/1992⁸ (Ley del Régimen

3 Se afirma, por ejemplo, que la responsabilidad se extinguirá cuando la desaparición de la persona jurídica se produzca antes de que sea declarada la infracción, en AA.VV. – Abogacía General del Estado, *Manual de Derecho administrativo sancionador*, 3ª. Edición, Madrid, 2013, p. 508. Respecto del alcance de la responsabilidad de los socios o accionistas por multas impuestas a personas jurídicas antes de la disolución y liquidación, véase también LOZANO, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, 1990, p. 174.

4 Art. 660 del Código Civil: “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”.

5 En este sentido, por ejemplo, afirma Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (“Causas de extinción de la responsabilidad”, en *Diccionario de Sanciones administrativas*, Dir. LOZANO CUTANDA, B., IUSTEL, Madrid, 2010, p. 152) que: “si se extingue la persona jurídica, no se extingue la responsabilidad, ya que en este caso no encuentra aplicación el principio de personalidad de la pena y la persona jurídica que se extingue seguirá siendo responsable con sus bienes de las consecuencias de la infracción cometida y de las obligaciones derivadas de la sanción impuesta. *Consecuencia de lo anterior es que la extinción de una persona jurídica no impide la ejecución de la sanción sobre los bienes que resulten de su liquidación*”. La cursiva es nuestra. En el mismo sentido, PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo*, I, 15ª edición, Madrid, 2004, pp. 496 y ss.

6 Además, como indica REBOLLO PUIG (*Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, MAP, Madrid, 1989, p. 781) en caso la sanción no hubiera sido impuesta, afirmación que puede extenderse al caso del procedimiento en trámite, “resulta verdaderamente complejo determinar con quién habrá de entenderse el procedimiento sancionador si ya han desaparecido incluso los órganos provisionales de los procedimientos de disolución o liquidación”. Se ha hecho eco de esta afirmación, aplicándola únicamente para el caso de los procedimientos no iniciados, DANÓS ORDÓÑEZ, J., “La extinción de las infracciones y sanciones administrativas”, en *Derecho administrativo: innovación, cambio y eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Lima, 2014, p. 27.

7 No obstante, como veremos más adelante, en el caso de fusiones la jurisprudencia ha llegado a sancionar a la persona jurídica resultante de la fusión por las infracciones cometidas por las personas jurídicas que se fusionaron.

8 Artículo 130 Responsabilidad

1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

2. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y

Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJ-PAC), que reconoce la responsabilidad subsidiaria⁹. Sin embargo, esta extensión de la responsabilidad podría tener sentido únicamente si se cumplen los requisitos allí establecidos: (i) que exista una obligación de prevenir la infracción cometida por otros, y (ii) que exista una ley que así lo prevea. En realidad, en este caso no estaríamos ante una verdadera responsabilidad subsidiaria, sino que el responsable responderá por su propia infracción, al no haber cumplido adecuadamente con su deber de garante¹⁰.

Por otro lado, no existe mayor discusión en caso la disolución se produzca una vez hubiera quedado firme el acto que impuso la sanción, por cuanto ésta ha quedado completamente integrada en el patrimonio de la persona jurídica antes de la extinción. Por tanto, el pago debe realizarse antes de la liquidación, debiéndose reducir proporcionalmente de la cuota que le correspondería a cada uno de los socios. Además, si dicho pago no se hubiera realizado, en virtud del citado art. 422 LGS, seguirán siendo responsables los socios (hasta por el límite de la suma recibida por estos al momento de la liquidación) o el liquidador.

En el caso español, esta solución se desprende claramente de lo dispuesto por la Ley General Tributaria y Ley General de Subvenciones, en las cuales “se prevé que las sanciones por infracciones cometidas por las sociedades y entidades disueltas se transmitirán a sus sucesores, siempre que las sanciones se impusieran a la persona jurídica con anterioridad a su disolución y liquidación (dado que la obligación de pago de la multa no surge hasta que se dicta la resolución administrativa que la declara y fija su importe)”¹¹. En palabras de REBOLLO PUIG, los

supuestos regulados en la Ley General Tributaria y la Ley General de Subvenciones españolas “sólo regulan los casos en que las sanciones se impusieron a la persona jurídica antes de su disolución y liquidación. Sólo así puede decirse que había una obligación de pago en el patrimonio de la persona extinta y que, por tanto, pudo transmitirse. Aunque la infracción sea anterior, la obligación de pagar la multa correspondiente no surge hasta que se dicta la resolución administrativa que la acuerda y fija su importe”¹².

Sin embargo, la regla no es igualmente clara si es que la sanción ha sido impuesta por una resolución que no es firme, ya sea porque se encuentra discutida en la vía administrativa o en la vía judicial. Al respecto, GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES entienden que no puede “computarse como deuda social una sanción que no es firme, en la hipótesis, obviamente en las que la ejecución de la misma se haya suspendido por los tribunales de lo contencioso-administrativo (o se encuentre pendiente de recurso ante la Administración) [aunque] cabe sostener que en los casos que analizamos nos encontraríamos ante un delito de alzamiento de bienes [...] cuando la sanción sea de carácter pecuniario”¹³.

Al respecto, la solución a este problema se encuentra en determinar si el hecho de la impugnación administrativa o judicial de la resolución que impuso la sanción tiene alguna relevancia respecto de la existencia o no de una sanción administrativa, pues de esto dependerá que se aplique o no la misma regla que para el caso de las sanciones firmes. La respuesta es mucho más simple cuando la sanción ha sido impugnada judicialmente, porque la acción contencioso administrativa únicamente suspende la ejecutoriedad del acto administrativo¹⁴, por lo que no podría ponerse en tela de juicio de que

perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.

9 REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMILLO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 862.

10 BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano” en *Actualidad Jurídica* 204, noviembre de 2010, p. 170.

11 LOZANO CUTANDA, B., “Persona jurídica, sujeto activo...”, cit., pp. 611 y 612. Algo similar ocurre en el ámbito urbanístico. Así, por ejemplo, la Ley 9/2002, de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia establece en su art. 219.6 que: “En caso de extinción de la persona jurídica responsable, los socios o partícipes en el capital responderán solidariamente, y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les hubiera adjudicado, del pago de la sanción o, en su caso, del coste de reposición de la realidad física alterada”. Debe tomarse en cuenta que esta misma norma establece la responsabilidad de los administradores u órganos de dirección por las infracciones que hubieran cometido las personas jurídicas que se extingan antes de ser sancionadas. Véase FERNÁNDEZ TORRES, J. R., “Urbanismo, potestad sancionadora”, en *Diccionario de Sanciones administrativas*, Dir. LOZANO CUTANDA, B., IUSTEL, Madrid, 2010, p. 1260.

12 REBOLLO PUIG, M., “Subvenciones, potestad sancionadora”, en *Diccionario de Sanciones administrativas*, Dir. LOZANO CUTANDA, B., IUSTEL, Madrid, 2010, pp. 1048 y 1049

13 GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 3ª. Edición, Thomson Reuters, Aranzadi, Madrid, 2013, p. 683.

14 De acuerdo al art. 16.1.e del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado mediante Decreto Supremo 018-2008-JUS, se suspenderá dicho procedimiento cuando “se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso-administrativa presentada

existe una sanción (y una deuda, por tanto), aunque al estar cuestionada pueda considerarse como contingente.

Sin embargo, en el caso de la impugnación administrativa, la LPAG establece que el recurso administrativo suspende la ejecutividad de la resolución, no únicamente su ejecutoriedad¹⁵, razón por la cual suspende también la vigencia de las sanciones no pecuniarias (como las inhabilitaciones) y no solamente las pecuniarias (como sucede en el ámbito judicial). No obstante, pese a esta norma, no puede desconocerse que desde el momento en que se dicta la resolución administrativa de primera instancia, existe un acto administrativo que establece una sanción, el cual no puede dejarse sin efecto mediante la extinción (voluntaria, como regla general) de la persona jurídica castigada. Al igual que en el caso de la sanción impugnada jurisdiccionalmente, el liquidador no puede desconocer la existencia de esta deuda, que en todo caso tendrá carácter contingente¹⁶, de modo que debe pagarse, ya sea por la persona jurídica sancionada o por sus sucesores. Es decir, el pago debe ser previo a la liquidación o en todo caso debe ser realizado por los accionistas si no se realiza entonces, salvo que en virtud de lo dispuesto por el art. 107 del Código procesal civil (CPC)¹⁷ se hubiera producido la sucesión procesal, de modo que continuaran con el proceso de impugnación (administrativa o judicial) de la sanción. Sin embargo, si

eventualmente la resolución fuera confirmada, el pago debe producirse, aunque con los límites establecidos en la LGS.

Distinto sería el caso en que el procedimiento administrativo se encontrara en trámite al momento de la disolución y liquidación, que dan paso a la posterior extinción, pues en este supuesto todavía no habría una sanción. En consecuencia, en este supuesto no podría seguirse adelante con el procedimiento sancionador, el cual debe extinguirse¹⁸, conforme lo establecen, por ejemplo, el Reglamento de Infracciones y Sanciones Ambientales en el Sector Agrario (Decreto Supremo 017-2012-AG) y el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN (Resolución 272-2012-OS-CD)¹⁹. Sin una base legal expresa, más allá de lo dispuesto por el art. 186 LPAG, se ha pronunciado en este sentido la Resolución Directoral N° 597-2013-OEFA-DFSAI, que declara concluido un procedimiento sancionador porque para ese momento ya se habría inscrito en Registros Públicos la extinción de la persona jurídica imputada.

1.2 La transmisión de la responsabilidad sancionadora (pecuniaria) en los casos de reorganización societaria (fusión y escisión)

Distinto es el caso de la fusión y escisión, las cuales producen también la extinción de la

dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18, numeral 18.3, de la presente Ley”.

- 15 Art. 237.2 LPAG: “La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva”.
- 16 Al respecto, según el art. 39.5 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, “Los créditos controvertidos judicial, arbitral o administrativamente serán registrados por la Comisión como contingentes, siempre que dicha controversia esté referida a su existencia, origen, legitimidad, cuantía o titularidad, y el asunto controvertido sólo pueda dilucidarse en el fuero judicial, arbitral o administrativo, por ser competencia exclusiva de la autoridad a cargo”. Sin embargo, esta norma fue reglamentada por el Decreto Supremo N° 021-2012-PCM, según cuyos considerandos, dado que “el Tribunal Constitucional mediante Sentencia de fecha 5 de enero del 2006, recaída en el expediente N° 0015-2005-AI-TC ha ratificado el principio de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, por lo que debe entenderse que el artículo 39.5 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, no considera contingentes a aquellos créditos que se sustentan en actos administrativos firmes o que hayan agotado la vía administrativa, debiendo estos ser reconocidos por la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOP que resulte competente, aun cuando tales actos administrativos puedan ser controvertidos ante el Poder Judicial”. Es decir, si una deuda deriva de un acto administrativo, ésta será contingente mientras no se haya agotado la vía administrativa o el acto no haya quedado firme.
- 17 Art. 107 CPC: Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando: [...] 2. Al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores en el derecho discutido comparecen y continúan el proceso; [...] En los casos de los incisos 1. y 2., la falta de comparecencia de los sucesores, determina que continúe el proceso con un curador procesal.
- 18 En este sentido, MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento administrativo General*, 9ª. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 529.
- 19 Estas normas han sido citadas por DANOS ORDÓÑEZ, J., “La extinción de las infracciones...”, cit., pp. 25 y ss.), quien además menciona los incisos 2 y 3 del art. 17 del Código Tributario, el cual hace responsables solidarios a los “socios que reciban bienes por liquidación de sociedades u otros entes colectivos de los que han formado parte, hasta el límite del valor de los bienes que reciban” y a los “adquirentes del activo y/o pasivo de empresas o entes colectivos con o sin personalidad jurídica. [...] los casos de reorganización de sociedades o empresas a que se refieren las normas sobre la materia, surgirá responsabilidad solidaria cuando se adquiere el activo y/o el pasivo”. Dado que la responsabilidad es respecto de la deuda tributaria, esto implicaría en el caso de la deuda derivada de una sanción que ésta ha sido impuesta, lo que implica que el procedimiento (al menos en primera instancia, según nuestra opinión) ha finalizado. Cabe indicar que la posición de DANOS sobre la extinción de responsabilidad de las personas jurídicas luego de la disolución y liquidación es similar a la nuestra, al afirmar que si las sanciones pecuniarias fueron impuestas “antes de la disolución o durante el proceso de liquidación, corresponderá que se paguen con el patrimonio social materia de liquidación e incluso de producirse la distribución del haber social entre los socios o accionistas, estas serán responsables del pago de las deudas pendientes (multas) [...] Pero en el caso que la determinación de la responsabilidad sancionadora no se haya realizado antes de su extinción consideramos que se habría extinguido la responsabilidad punitiva de la persona jurídica y en consecuencia no podría tramitarse un procedimiento administrativo sancionador” (p. 27).

persona jurídica. Mediante la fusión se produce una “unificación de patrimonios, de socios y de relaciones jurídicas”²⁰, que es común a sus dos clases: fusión por incorporación (cuando se crea una persona jurídica completamente nueva, distinta de las originales) y fusión por absorción (cuando una de las personas jurídicas absorbe el patrimonio y los accionistas de otra, que se extingue, conservándose formalmente la personalidad de la primera, pero variando significativamente en lo sustancial).

En este sentido, serían cuatro los caracteres de las fusiones: “(i) la transmisión en bloque y a título universal de los patrimonios de las personas jurídicas que se extinguen; (ii) la creación, como resultado de la fusión, de un organismo social que, en su conjunto resultante, es enteramente nuevo como forma acabada del vínculo entre las sociedades que participan de la fusión; (iii) la extinción de la personalidad jurídica [...] de las sociedades absorbidas o incorporadas, (iv) la compenetración y agrupación de los socios y de las relaciones jurídicas de todas las sociedades que participan en la fusión, salvo excepciones; y (v) la variación de la cifra del capital de la sociedad absorbente o incorporante, salvo excepciones”²¹.

De estos caracteres, nos interesa resaltar tres, que constituyen las notas esenciales de toda fusión: la transmisión universal (activo y pasivo) de los patrimonios de las empresas incorporadas o absorbidas, las cuales se extinguen (sin que sea necesario acordar la disolución ni se produzca la liquidación, como lo establece el art. 345 LGS), produciéndose una consolidación social, de modo que los accionistas las sociedades preexistentes lo son de la persona jurídica resultante.

En consecuencia, la fusión se produce luego de la extinción de la personalidad jurídica de ciertas sociedades, cuyo fin suele compararse a la muerte de las personas naturales, aunque – como hemos señalado antes – no cabe establecer un paralelismo perfecto entre ambas figuras (empezando porque

en el caso de fusión la sucesión universal no opera *mortis causa*, como sí lo hace en el caso de muerte de la persona natural). Es decir, el patrimonio se transfiere en bloque a la sociedad resultante, extinguiéndose formalmente la personería jurídica de las sociedades incorporadas o absorbidas, conservándose en el caso de la absorbente, aunque ésta constituya también, materialmente, un “organismo social nuevo”²².

Por tanto, más allá de que haya formalmente una disolución y liquidación o no²³, se habría producido una extinción de la personalidad jurídica de las sociedades originales, que desaparecen, siendo reemplazadas por otra distinta (incluso cuando no es del todo nueva), la cual adquiere todas las relaciones jurídicas (activas y pasivas) de los fusionados, salvo aquellas que no sean transmisibles, se entiende (como en el caso de ciertas relaciones personalísimas). No obstante, algún autor ha sostenido que si bien las sociedades aportantes se extinguen, éstas “subsisten como realidad empresarial a través de la sociedad beneficiaria de la aportación”²⁴, lo cual pudiera resultar útil para justificar que la nueva empresa pueda ser sancionada por los actos de las sociedades fusionadas o que deba cumplir con las sanciones impuestas a éstas: en el fondo, la empresa como realidad económica subsiste, aunque haya desaparecido el ropaje formal de la personalidad jurídica.

Queda claro, por tanto, que en los casos de extinción de la personalidad en los casos de fusión o escisión no sólo es voluntaria, sino que implica la transferencia del patrimonio de la persona jurídica que desaparece a otra distinta. En consecuencia, la persona jurídica resultante del proceso de reorganización deberá hacerse cargo de todo lo que haya quedado integrado en el patrimonio de aquella a la que sucede, para lo cual debe tomarse en cuenta que éste no solamente está conformado por dinero o bienes materiales, sino también por obligaciones o derechos inmateriales²⁵. Así, por ejemplo, el OSCE ha admitido en diversas

20 GARRIGUES, J. Y URÍA, R., *Comentario a la Ley de sociedades anónimas, Tomo II*, 3ª edición, revisada, corregida y puesta al día por Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA, Madrid, 1976, p. 744. Previamente (pp. 734 y 735), estos autores habían definido a la fusión como “un acto de naturaleza corporativa o social por virtud del cual dos o más sociedades mercantiles, previa disolución de alguna o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad”.

21 ELÍAS LAROZA, E., *Ley general de sociedades comentada*, Norma, Trujillo, 1998, p. 699.

22 *Ibidem*, p. 702.

23 En el caso de la fusión, no hay una liquidación (ni tampoco disolución), al transmitirse íntegramente las relaciones jurídicas de las cuales es titular cada empresa fusionada a la nueva sociedad en el caso de la fusión por incorporación o a la absorbente, en el caso de la fusión por absorción. Respecto de la diferencia entre fusión y disolución y liquidación, véase GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T. A., “Problemática que plantean la fusión y el aumento de capital en la sociedad anónima”, en *Estudios sobre la sociedad anónima*, Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M., Civitas, Madrid, 1991, pp. 259 y ss. En Perú, ELÍAS LAROZA (*Ley general...*, cit., p. 703) afirma que en el caso de la fusión, “la extinción es consustancial [...] y opera por el mérito de ésta última, como una característica inseparable. La personalidad jurídica no se disuelve, como tampoco se disuelve el vínculo social ni se liquida. Simplemente, se extingue”.

24 SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *La fusión y escisión de sociedades. Aportaciones de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo*, EDESA, 1998, p. 123.

25 De un modo simple, podría definirse al patrimonio como el conjunto de bienes (derechos, deberes y cargas) que es atribuido a una persona. Véase, por ejemplo, ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho privado y del Derecho público explicadas en forma sistemática*, Palestra, Lima, 2009, p. 72. Sin embargo, se trata de una noción compleja, como lo explica DE

ocasiones que la experiencia se traslada en el caso de fusiones²⁶.

De esta manera, si estamos ante una sanción pecuniaria, la cual hubiera sido ya impuesta a una persona jurídica al momento de producirse su extinción, en tanto aquélla ya formaría parte del patrimonio de ésta, correspondería atribuirle la responsabilidad a la persona jurídica resultante del proceso de reorganización. En caso dicha sanción no hubiera quedado firme, el absorbente hubiera podido cuestionarla mediante los correspondientes recursos administrativos o judiciales, de modo que es clara la transmisión de la responsabilidad²⁷. Es más, incluso en caso el procedimiento sancionador estuviera todavía tramitándose, cabría entender que éste puede continuar con la persona jurídica resultante del proceso de fusión o escisión (que asumiría el riesgo), en tanto se produciría una sucesión en el procedimiento y no una extinción de éste²⁸.

Sin embargo, la jurisprudencia comparada ha ido incluso más lejos, admitiendo que la persona jurídica resultante de una fusión pueda ser sancionada por infracciones cometidas por las personas jurídicas que se integraron en ella, incluso si al momento en que se produjo la

reorganización societaria no se había iniciado siquiera el procedimiento sancionador²⁹. Es decir, no estaríamos únicamente ante una transmisión de la sanción, sino también de la infracción. Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo Español en la Sentencia de 14 de febrero de 2007³⁰, en la cual se confirma la sanción impuesta al Banco Santander Central Hispano por dos infracciones cometidas por el Banco Santander y por el Banco Central Hispano, antes de la fusión. El Banco alegó que la doctrina jurisprudencial, acerca de la subrogación de la Entidad absorbente en las sanciones de la absorbida podía tener sentido cuando éstas ya han sido impuestas o cuando sea previsible que se impongan (al haberse iniciado ya el procedimiento sancionador), pero no cuando el expediente se hubiera incoado luego de la fusión. Sin embargo, el Tribunal Supremo indicó que en su jurisprudencia previa:

“En ningún momento se excluye de este régimen de transmisibilidad a las sanciones que, derivadas de actos cometidos antes de que la persona jurídica se extinguiera, hubieran sido impuestas después de la extinción pero precisamente en razón de tales actos, siendo imputables las consecuencias –también las económicas– de todos los actos de la sociedad extinguida a la que se subrogó en sus responsabilidades”.

Los Mozos (“Patrimonio”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1989*, pp. 165 y ss.), quien luego de enunciar las distintas teorías sobre el patrimonio, se limita a establecer tres elementos que componen esta noción (valor económico, denominación colectiva y referencia a un titular). La referencia a este autor es interesante, porque al referirse a las tesis personalistas, critica aquellas que identifican al patrimonio con la capacidad, lo que tendrá sentido para explicar nuestra posición respecto de la transmisión de las sanciones de inhabilitación.

26 Por todas, véase la Opinión 010-2013-DTN, de 22 de enero de 2013.

27 Esta conclusión puede desprenderse de lo resuelto por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia de 18 de abril de 1994 (Repertorio Jurídico Aranzadi 3375), en la cual entendió que la sanción a la empresa absorbente era acorde a la normativa de la materia (en virtud de la cual la absorbente se subrogaba en los derechos y obligaciones de la absorbida) y al “principio de derecho, inherente en el orden punitivo, de que el infractor de una norma no puede por su voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad; como sucedería si a las personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de sus facultades pudiera a través de un proceso de fusión y en concreto de absorción voluntario dejar sin efecto unas sanciones frente a las cuales pudo la absorbente formular el pertinente recurso administrativo, y el jurisdiccional que entró a conocer del fondo de la cuestión y la eximido de responsabilidad por un motivo no aducido en el escrito de la demanda; no siendo equiparable el hecho extintivo de las personas físicas que conlleva la de la responsabilidad derivada de las infracciones penales y administrativas que no puede afectar al sucesor sin perjuicio de la responsabilidad indemnizatoria civil que sí es trasladable al heredero: “Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”; toda vez que la extinción de una persona jurídica da lugar a un proceso de liquidación de todas sus obligaciones o la sucesión de aquella que se subroga en los mismos”.

28 De acuerdo al art. 30.2 del citado Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, si durante la tramitación de un procedimiento sancionador se advierte la extinción de la persona jurídica infractora, *a excepción de los casos de reorganización societaria*, el procedimiento deberá archivar. Es decir, el procedimiento se entenderá continúa con la persona jurídica resultante de la fusión. Por otro lado, esta misma norma establece que las investigaciones preliminares se archivarán (sin iniciar procedimiento sancionador, se entiende) cuando se extinga la personalidad jurídica del infractor, *a excepción de los casos de reorganización societaria*. Es decir, el procedimiento podría iniciarse contra una persona jurídica distinta a la que cometió la infracción, lo que nos lleva a un supuesto distinto y más grave que anterior. Para una crítica de ambas normas, véase DANOS ORDÓÑEZ, J., “La extinción de las infracciones...”, cit., p. 29.

29 Así, por ejemplo, DE PALMA DEL TESO (*El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996) sostiene que “en el caso de fusión de sociedades las sanciones administrativas formarán parte del pasivo del patrimonio que se transmite a la nueva sociedad. Puesto que, tengamos en cuenta, los socios de las sociedades extinguidas participan en la nueva sociedad” (p. 85). Es más, en el caso en que la infracción hubiera sido cometida por una sociedad extinta, en virtud de un proceso de fusión, sostiene que “si bien desaparece la persona jurídica no sucede así con la realidad que aquella enmascaraba. Estos procesos dan paso a una nueva sociedad bajo la que subsiste la realidad que antes amparaba la persona jurídica extinguida. En el caso de fusión, los socios de las sociedades desaparecidas participan en la sociedad nueva o absorbente; y en el caso de escisión, los accionistas de la sociedad escindida también participan en la sociedad beneficiaria [...] Por otra parte, no parece acorde con la finalidad de prevención que el Derecho sancionador está llamado a cumplir, y quedarían ciertamente desprotegidos los bienes jurídicos a los que desde este ámbito punitivo se da protección, si admitiéramos que una sociedad, tras cometer una infracción pudiera eludir su responsabilidad punitiva llevando a cabo uno de estos procesos de transformación” (pp. 87 y 88).

30 Repertorio Jurídico Aranzadi 2007/851

Además, respecto de los argumentos sostenidos por la empresa denunciada, sostiene el Tribunal que:

"[N]o resulta, por último, convincente que tras admitirse en el motivo la asunción por parte del "Banco Santander Central Hispano, S.A." de las sanciones que, aun no impuestas en el momento de la absorción, fueran entonces "previsibles", niegue este carácter a la de autos. No se puede hacer depender la transmisibilidad de aquéllas del conocimiento subjetivo de unos u otros hechos que tuviera la entidad absorbente, ni de la mayor o menor "previsibilidad" de la decisión administrativa ulterior ni de que en el referido momento existiera sólo una denuncia (como en efecto ocurría) o se hubiera incoado formalmente el expediente sancionador. Que la sanción fuera más o menos previsible en el momento de "establecer el equilibrio financiero de la fusión determinante de la contraprestación a pagar a los accionistas de la sociedad absorbida" es algo que podrá tener incidencia en otros ámbitos pero no, desde luego, en las relaciones verticales entre la Administración y las entidades sujetas a su potestad sancionadora".

Por tanto, se concluye que:

"[S]i, en definitiva, la absorción de una sociedad por otra supone que el patrimonio que se transmite, activo y pasivo, engloba las sanciones ya impuestas o que puedan imponerse, no hay por qué restringirlas a las que derivaran tan sólo de "un expediente ya abierto, como contingencia previsible al hacer la liquidación de la Sociedad".

La razonabilidad de este criterio está fuera de toda duda, y se fundamenta en la continuidad de la empresa, más allá de lo que hubiera podido suceder con el empresario. No habría absolutamente nada que objetar si una norma con rango de ley (no mediante un Reglamento, como en el caso del Reglamento sancionador del OSINERGMIN) estableciera expresamente la transmisión de la responsabilidad o se tipificara a partir del concepto fáctico o económico de empresa y no a partir del concepto de persona jurídica o empresario, al cual se le impone el castigo³¹. Sin embargo, el problema existiría cuando la norma es clara respecto de la responsabilidad de quien realizó la infracción, como lo establece el principio de causalidad reconocido en el art. 230.5 LPAG, según el cual "la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable".

Evidentemente, podría alegarse que esta atribución de responsabilidad al menos debería poder realizarse cuando exista un fraude de ley, de modo que en realidad estaríamos ante un caso de abuso de la personalidad jurídica, por lo que cabría prescindir de ella³². Sin embargo, esta conclusión iría en contra del principio de legalidad en Derecho punitivo (art. 230.1 LPAG), según los cuales las normas deben interpretarse siempre en un sentido restrictivo, prohibiéndose la aplicación de la analogía *in peius*. Por esta razón no cabría trasladar sin más al Derecho administrativo sancionador y, específicamente al ámbito de la contratación pública, lo dispuesto por el art. 105 del Código penal (CPE)³³, según el cual las medidas contra las personas jurídicas (disolución y liquidación,

31 En este sentido, NIETO MARTÍN, A., "Ordenamiento jurídico y derecho comunitario: relaciones en el presente y en el futuro", en *Actualidad Penal* 34, 1995, pp. 615 y 616 (citado por GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador...*, cit., p. 682), sosteniendo además que la prohibición de analogía puede ser una barrera infranqueable para transmitir la responsabilidad punitiva ante la ausencia de regulación legal. En otro trabajo posterior, el autor citado afirma que el Derecho sancionador comunitario ha elaborado un concepto fáctico y no jurídico del sujeto activo, en el cual lo importante es la empresa como realidad económica, concepto a partir del cual el Tribunal ha resuelto supuestos de sucesión de empresas (fusiones, absorciones, cambios de denominación), porque "lo importante no es tanto la "razón social" de la sociedad que realiza un comportamiento anticompetitivo como identificar el sustrato material y humano de cada empresa" (NIETO MARTÍN, A., "El Derecho sancionador administrativo comunitario", en *Justicia Administrativa*, número extraordinario en homenaje a Alejandro Nieto, 2001, p. 273).

32 Sin ánimo exhaustivo, pueden consultarse al respecto los trabajos de DOBSON, J., *El abuso de la personalidad jurídica*, DePalma, Buenos Aires, 1985; SERICK, R., *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, traducción española por PUIG BRUTAU, J., Ariel, Barcelona, 1958; y ASCARELLI, T., "Personalità giuridica e problema della società", en *Rivista delle società*, Noviembre-Diciembre de 1957 éste último defensor de la teoría redhibitoria de la personalidad jurídica, según la cual no se produce un levantamiento del velo societario, manteniendo la diferencia entre accionistas y persona jurídica, sino que en tanto ésta es una creación jurídica, no puede usarse en contra del ordenamiento jurídico, de modo que la distinción entre la sociedad y los socios sólo se mantendrá en tanto no exceda de la normatividad creada para ella, en cada caso particular

33 Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas

suspensión de actividades y prohibición de realizar actividades en el futuro) se trasladan a la sociedad resultante del proceso de reorganización (dentro del cual la Sección Segunda de la LGS incluye a la fusión y escisión)³⁴. Si se quisiera trasladar, como regla general, todas las consecuencias punitivas (o atribuir la infracción, como parece entender la jurisprudencia comparada), a una persona distinta de quien cometió la infracción, debe existir una norma expresa que establezca tal consecuencia.

1.3 El caso especial de las sanciones no pecuniarias

Por otro lado, queremos llamar la atención sobre el caso de las sanciones no pecuniarias, lo que justifica su tratamiento en su epígrafe diferenciado, pese a su brevedad. Así, en el caso de las sanciones pecuniarias, su transmisión a los socios en los casos de disolución y liquidación o las personas jurídicas resultantes de los procesos de reorganización, en los supuestos de fusiones y escisiones, se justificaría en que las sanciones (una vez impuestas, al menos) se han integrado en el patrimonio, o al menos deberían haberse provisionado como contingentes. Sin embargo, el supuesto de las sanciones no pecuniarias, como es el caso de las inhabilitaciones o impedimentos para contratar, es distinto, en tanto las sanciones no se integran propiamente en el patrimonio, sino que más bien afectan a la capacidad jurídica del infractor.

Por tanto, estamos de acuerdo con CABALLERO SÁNCHEZ cuando afirma que “las sanciones privativas de derechos no son por naturaleza transmisibles y desaparecen con la personalidad jurídica”³⁵. En consecuencia, únicamente sería posible plantearse la transmisión de una sanción no pecuniaria en caso la norma expresamente lo establezca, como sucede con la legislación española de contratos públicos³⁶, sin que sea posible aplicar analógicamente lo dispuesto por el ya citado art. 105 CPe, en tanto constituiría un supuesto de aplicación analógica *in peius*, proscrito en nuestro ordenamiento jurídico.

2. La legislación sobre contratos públicos y la transmisión de responsabilidades en los casos de extinción por fusión de las personas jurídicas

2.1 Las consecuencias previstas en la legislación de contratos públicos para los supuestos de fusión, debido a la integración social conatural a ésta

Como se ha indicado, en los casos de fusión los socios de las sociedades extinguidas pasan a la sociedad nueva o a la absorbente. En consecuencia, dada la regulación de los supuestos de inhabilitación previstos en nuestra legislación, las sociedades resultantes de la fusión pueden verse afectadas en caso las personas jurídicas pre-existentes, con las cuales comparten accionistas, estuvieran incursas en alguna de las prohibiciones para contratar previstas la Legislación de Contrataciones del Estado. Así, de acuerdo al art. 10.k del Decreto Legislativo 1017, en adelante LCE (todavía vigente cuando escribimos estas líneas), están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

“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 doce (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 (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente...”

34 En este sentido, compartimos la conclusión de GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES (*Derecho administrativo sancionador... cit.*, pp. 681 y 682), para quienes “la sanción de hechos no subsumibles formalmente en la Ley, aun cuando hayan sido llevados a cabo en fraude de ley, no es compatible con el artículo 25.1 de la Constitución [española], al incurrir en una inaceptable analogía *in malam partem*”.

35 CABALLERO SÁNCHEZ, R., “Las formas de extinción de la responsabilidad administrativa”, en *Justicia Administrativa, número extraordinario en homenaje a Alejandro Nieto*, 2001, pp. 130 y 131, quien expresamente sostiene que, a diferencia de las sanciones pecuniarias, las sanciones de privación de derechos no son transmisibles y desaparecen con la persona jurídica. En el mismo sentido, por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador... cit.*, p. 683.

36 Art. 60.3 de la Ley de Contratos del Sector Público (Texto Refundido aprobado por Real Decreto 2/2011): “Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas”. En este caso, la norma pretende evitar que las personas jurídicas eviten cumplir sus sanciones (en este caso, con la inhabilitación de contratar prevista en la ley) mediante su transformación, fusión o sucesión. Sin embargo, es necesario indicar que este artículo no establece una regla general, de modo que siempre la sociedad resultante de una fusión se encuentra también inhabilitada, sino que es necesario establecerlo caso por caso, según exista un fraude de ley o no, para lo cual la norma establece una serie de presunciones. Así lo ha establecido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en algunos informes, en los cuales se afirma que “la aplicación de este artículo exige atenerse a las circunstancias concretas de cada caso, no siendo posible fijar un criterio de general aplicación, que en todo caso debería ser de carácter restrictivo” (Informe 25/09, de 1 de febrero de 2010).

Por tanto, en el caso que una sociedad hubiera sido sancionada con inhabilitación, aquellos que hubieran sido sus accionistas durante los doce meses siguientes a la imposición de la sanción llevan consigo la sanción de inhabilitación a todas las otras sociedades en las que tengan una participación accionarial mayor al cinco por ciento, mientras esté vigente la sanción. De acuerdo a diversas opiniones de la Dirección Técnica Normativa, esta norma debe interpretarse en el sentido de que el plazo de doce meses establecido en la norma es *posterior* a la imposición de la sanción; es decir, quienes hubieran accionistas (con una participación superior al 5%) de una persona jurídica durante los doce meses siguientes a la imposición de la sanción, llevan la inhabilitación a cualquier otra persona jurídica de la que formen parte (con una participación superior al 5%), mientras esté vigente la sanción³⁷. Nótese el absurdo de que según el propio OSCE se busca perseguir a quienes tenían control en la empresa sancionada, persiguiendo incluso a quienes no formaban parte de ella al momento en que se cometió la infracción!

Esta norma fue interpretada en el mismo sentido por el Tribunal del OSCE, en la Resolución 622-2013-TC-S3. En esta resolución se distingue entre la "empresa sancionada" y la "empresa vinculada". En el caso de la primera, llevan consigo el virus de la inhabilitación los accionistas que hubieran formado parte de la sociedad durante los doce meses siguientes de impuesta la sanción, siempre que superen el 5% del capital. Sin embargo, la empresa vinculada sólo estará inhabilitada mientras estos accionistas forman parte de ella, de modo que si venden su participación accionarial o la reducen por debajo del 5%, la inhabilitación desaparece. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la inhabilitación persigue al accionista (o gerente) durante todo el tiempo que esté vigente, por lo que podría suceder que en el caso de

una inhabilitación definitiva (en virtud de una infracción cometida cuando ni siquiera formaba parte de la empresa sancionada), nunca más pueda formar parte de una persona sociedad con interés en contratar con el Estado³⁸. Es decir, estamos ante un supuesto equivalente a la "muerte civil" del accionista o gerente, por una infracción que no ha cometido.

Los citados criterios empleados por el Tribunal del OSCE han sido reafirmados por el Acuerdo de Sala Plena del Tribunal del OSCE 015/2013, de 2 de diciembre, que en todo caso resulta llamativo porque expresamente se indica en él que se cumplía con el impedimento citado por la norma lo indicaba, no porque éste fuera razonable. Evidentemente, este criterio fue objeto de múltiples cuestionamientos, pues se extendía la inhabilitación a otras personas jurídicas a través de personas que no habían participado en la comisión de la infracción, los porcentaje de participación eran insuficientes para acreditar la existencia de alguna mayoría de control, ya sea en la persona inhabilitada como en la impedida, la cual además no tenía ninguna participación en un procedimiento (el sancionador) que eventualmente podía afectarla³⁹.

No obstante, la principal crítica podía venir a partir del principio de personalidad de las penas, reconocido a través del principio de causalidad en la LPAG. En este sentido, se trata, por tanto, de un supuesto en donde el ordenamiento jurídico extiende las consecuencias jurídicas de las conductas imputables a una persona jurídica a las personas naturales que están detrás, no sólo en el caso de los gerentes, apoderados o directores, sino también a los accionistas. Por tanto, se estaría levantando el velo de la personalidad jurídica, para imponer una sanción contra las personas naturales que están detrás, en lo que podría parecer una aplicación de la teoría del *disregard o*

37 Véanse, por ejemplo, las opiniones N° 071-2011/DTN y N° 099-2011/DTN.

38 Así, de acuerdo a la Resolución citada: "A partir de ello y conforme a lo indicado en la normativa citada, este Tribunal considera que para la configuración del referido impedimento, deben cumplirse las siguientes condiciones: que exista una persona que asuma la calidad de socio, accionista, participacionista, titular, o integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal, en la "empresa vinculada". En este primer punto puede concluirse que, en caso la referida persona deje de formar parte de la "empresa vinculada", carecería de objeto continuar con el análisis del impedimento, por cuanto el nexo que le genera el impedimento ya no existiría; que dicha persona, que forma parte de la "empresa vinculada", a su vez, forme parte de una persona jurídica sancionada como socio, accionista, participacionista, titular, o integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal; o que haya formado parte de la persona jurídica sancionada, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, vale decir, los doce meses siguientes contados a partir de la imposición de la sanción. Nótese que el plazo de doce (12) meses indicado, sirve para determinar la vinculación que la persona tuvo con la persona jurídica sancionada y no con la "empresa vinculada"; pues respecto de esta última, para la configuración del impedimento, se hace necesario que, en el momento que es materia de análisis, la persona participe en ella.; que para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento se aplica siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente. El incumplimiento de alguna de estas condiciones determinaría la no configuración del impedimento. Asimismo, sólo cabe efectuar el análisis respecto del impedimento en tanto que la persona jurídica sancionada mantenga dicha condición (el contar con sanción vigente), caso contrario la "empresa vinculada" no posee impedimento para ser postor y/o contratista del Estado".

39 Sobre este impedimento y sus críticas, puede verse ORTEGA SARCO, "Adiós al principio de culpabilidad, en especial a la personalidad de las penas", en <http://www.ius360.com/publico/administrativo/adios-al-principio-de-culpabilidad-en-especial-a-la-personalidad-de-las-penas>; así como el trabajo de CARPIO RAMÍREZ, C. "Las empresas vinculadas, la reorganización societaria, los testaferros en el marco de los impedimentos para contratar con el Estado", en *RDA-CDA*, 13, pp. 297 y ss.

40 Véanse los trabajos citados en nota 31.

legal entity o la alternativa teoría redhibitoria de la personalidad jurídica⁴⁰.

Sin embargo, ya sea que se entienda que se penetra excepcionalmente el velo societario o que se niegue la personalidad jurídica cuando ésta se pretenda utilizar más allá de los fines para los cuales fue conferida, en ambos casos se considera como un requisito para la utilización de estas técnicas el que estemos ante un abuso de la personalidad jurídica; es decir, para poder mirar detrás de la máscara (donde encuentra su origen, en el teatro griego, la voz persona), se requiere que ésta pretenda usarse antijurídicamente, constituyendo un supuesto de abuso de la personalidad jurídica, que se produciría “cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilidad la burla a una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros”⁴¹.

Así sucede, por ejemplo, en el caso de la legislación española de contratos públicos, que hemos comentario más arriba⁴². Sería también el supuesto del art. 237 del actual Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF (RLCE), según el cual “Adicionalmente a los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley, se encuentran impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas aquellas personas naturales o jurídicas a través de las cuales una autoridad, un funcionario, público, empelado de confianza, servidor público o proveedor pretenda eludir su condición de impedido valiéndose de cualquier modalidad de reorganización societaria y/o la utilización de testaferros para participar en un proceso de selección”⁴³. Se trata, por tanto, de supuestos en los cuales debería analizarse

individualmente si existe un fraude de ley, y no de una norma de extensión general, como lo dispone el art. 10 LCE⁴⁴.

Sin embargo, en el caso de la legislación peruana, ¿cómo podría justificarse que, en todos los casos, se persiga a quien hubiera formado parte de la sociedad, como íntegramente de un órgano directivo o como accionista, incluso en un momento posterior al cual se realizaría la conducta infractora? No estamos ante un supuesto de abuso de la personalidad jurídica, sino ante una extensión general de la sanción como impedimento, lo que no tiene ninguna justificación y afecta al principio de culpabilidad. Así, se reconoce generalmente que el principio de culpabilidad tiene cuatro manifestaciones: (i) principio de responsabilidad por el hecho, (ii) principio de personalidad de las penas, (iii) principio de imputación subjetiva o exigencia de dolo o culpa, y (iv) principio de reprochabilidad⁴⁵. Más allá de la discusión que pueda exigir sobre la exigencia de culpa, los dos primeros gozan incluso de reconocimiento normativo, a través del ya mencionado principio de causalidad, recogido en la LPAG.

Extrañamente, pese a las críticas que se habían hecho a esta regulación, la Ley 30225, que aprobó la Nueva Ley de Contrataciones del Estado (NLCE) mantuvo el mismo texto para los impedimentos⁴⁶. En todo caso, más allá de las discusiones que existan respecto del alcance de los impedimentos, lo cierto es que en los supuestos de fusiones o escisiones, en tanto existan accionistas comunes entre las personas jurídicas sancionadas (ya extintas) y las personas jurídicas resultantes de la fusión, estas últimas podrían tener un impedimento, que sin ser propiamente una

41 DOBSON, J., *El abuso...*, cit., p. 19.

42 Véase la nota 35 y el texto al que se hace referencia.

43 Como ejemplo de un caso en donde se ha utilizado este artículo (aunque no vinculado a un supuesto de reorganización societaria), puede verse la Resolución No. 0941-2014-TC-S3, en la cual se entiende que una persona jurídica creada por el cónyuge de un inhabilitado, para dedicarse a la misma actividad que éste, utilizando sus recursos, constituía un intento para escapar de la aplicación de la sanción.

44 No obstante, el art. 237 RLCE puede ser cuestionado porque establece un impedimento que no tiene base legal, lo que contradice lo dispuesto por la Constitución, según la cual nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe. En este caso la prohibición sería establecida por una norma reglamentaria, no legal, lo que a su vez contraría el criterio defendido por el propio OSCE, según el cual los impedimentos únicamente pueden ser establecidos por normas con rango de ley (véase, por ejemplo, la Opinión 037-2014-DTN, de 7 de mayo de 2014). Por su parte, el Proyecto de Reglamento de la NLCE no recoge el impedimento contemplado en el art. 237 RLCE.

45 Sobre el alcance del principio de culpabilidad, véase GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador...*, cit., pp. 369 y ss.

46 Al momento en que se escriben estas líneas no se ha publicado todavía el Reglamento de la NLCE, pero el proyecto de dicha norma contiene unas importantes aclaraciones y modificaciones al texto legal, a través de la duodécima disposición complementaria final. Por un lado, se indica que se encuentran impedidas las “personas jurídicas cuyos integrantes forman o formaron parte, al momento de la imposición de la sanción o en los doce (12) meses anteriores a dicha imposición, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado”. Además, se afirma que el impedimento se extiende también a “las personas naturales o jurídicas que al momento de impuesta la sanción y/o dentro de los doce (12) meses anteriores, actuaron como integrantes de personas jurídicas que se encuentran sancionadas con inhabilitación para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado”. Si bien la aclaración respecto de la forma en que se cuenta el plazo de doce meses (hacia atrás o hacia adelante desde el momento en que se impuso la sanción) puede constituir una aclaración del texto de la Ley, resulta una contradicción flagrante de ésta el que se establezca un nuevo supuesto de impedimento, pues de acuerdo a la Ley el socio o accionista común no está impedido, sino que ocasiona un impedimento; es decir, es portador de una enfermedad, no un enfermo.


sanción, les impida ser participantes, postores y contratistas del Estado.

2.2 A modo de colofón, la transmisión de sanciones en casos de fusiones y escisiones en la contratación pública, de acuerdo a la jurisprudencia y opiniones del OSCE

De acuerdo a la LCE vigente, uno de los impedimentos es estar sancionado con una sanción de inhabilitación, por lo que podría entenderse que, de acuerdo al art. 237 RLCE, si se emplea un mecanismo de reorganización societaria para escapar de la sanción, el impedimento debe extenderse también a la persona jurídica resultante de la fusión o escisión. Es decir, el impedimento no se justificaría únicamente en la presencia de integrantes comunes, sino en el intento de fraude de ley a través del abuso de la personalidad jurídica.

No obstante, si es que esta norma – ya que de por sí criticable, en tanto no se encuentra en ley – no se traslada al nuevo Reglamento, el único supuesto en el cual expresamente se habría previsto la extensión de la inhabilitación sería el de los integrantes comunes, y cumpliendo los requisitos que la norma ha establecido en este caso particular. Por tanto, a falta de una norma que expresamente establezca que una sanción de privación de derechos, como sería la inhabilitación, se traslada a una persona jurídica distinta de la sancionada, esto no sería posible. Así lo ha declarado el OSCE a través de una opinión reciente, en la cual expresamente se indica que “la sanción impuesta a una sociedad absorbida en una fusión se extingue con ésta, por lo cual, no puede extenderse dicha sanción a la sociedad absorbente”⁴⁷.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en la Resolución 129-2010-TC-S3, de 26 de enero de 2010. En este caso el imputado alegó durante el procedimiento que la persona jurídica a quien se le atribuía la comisión de la infracción se había extinguido, lo que efectivamente había ocurrido, en virtud de una fusión por absorción. Al resolver la cuestión, el Tribunal del OSCE sostuvo que, en aplicación del principio de causalidad y de la eficacia extintiva de la fusión, “no resulta válido sostener que una sanción administrativa impuesta a una empresa absorbida y que, en consecuencia extinguida recupere vigencia en cabeza de la sociedad absorbente. El referido razonamiento soslaya la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas, que son atribuibles únicamente a las personas naturales o jurídicas infractoras, sin que puedan transmitirse. De este modo, al igual que en el caso de las personas naturales en las que la muerte del condenado extingue la ejecución de la pena, tratándose de empresas la extinción de la empresa origina la extinción de la sanción impuesta”⁴⁸.

Dado que al momento en que se dictaron dichas resoluciones la única sanción posible para los postores, participantes o contratistas privados era la inhabilitación, no hay nada que objetar al criterio del OSCE. Sin embargo, en la medida que la NLCE establece también sanciones pecuniarias, consideramos que el criterio defendido por dicho Tribunal debería ser afinado, de modo que al menos las sanciones pecuniarias puedan trasladarse en casos de fusiones o adquisiciones, siempre y cuando el procedimiento al menos se hubiera iniciado al momento en que se produce dicha reorganización societaria. 

47 Opinión 052-2015-DTN, de 8 de abril de 2015. Esta opinión es también relevante porque expresamente se indica que en casos de fusión o escisión, el impedimento por integrantes comunes se mantiene, pese a que la persona jurídica sancionada se extinga, porque quien lleva consigo el impedimento es el integrante, no la infractora. .

48 En el mismo sentido véase la Resolución 2379-2009-TC-S3, de 4 de noviembre.