



# CONTRATACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS PERSONAS JURÍDICAS

## El largo y tortuoso proceso de las empresas sancionadas e impedidas

**Maurice SAUX SPIGNO**

Abogado por la Universidad de Lima. Máster en The London School of Economics and Political Science. Asociado del Estudio Lazo, de Romaña y Gagluffi Abogados.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde hace décadas se trata de dar solución a un problema recurrente en la contratación pública: cómo evitar que las personas que están detrás de una empresa que viola las normas sobre contrataciones continúen haciéndolo por medio de un vehículo empresarial distinto cuando la empresa en donde están sea sancionada con inhabilitación (temporal o definitiva) de contratar con el Estado.

El problema no es sencillo de enfrentar y el ensayo de respuesta se viene en varias etapas, la última con ocasión de la publicación del Acuerdo de Sala Plena del Tribunal N° 1-2016/TCE el 19 de setiembre pasado (en adelante, el Acuerdo).

Es necesario realizar un análisis de la situación actual dado que no solo los ensayos de respuesta del Tribunal no han sido los más adecuados en el pasado, sino que con ocasión de la publicación del Acuerdo se está restringiendo el principio de libertad de concurrencia al emitir criterios que son más restrictivos que las reglas de vinculación en la actual Ley de Contrataciones del Estado - Ley N° 30225 (en adelante, la LCE).

### RESUMEN

*Con la publicación del Acuerdo de Sala Plena N° 1-2016/TCE queda claro que si bien se ha avanzado en aclarar algunos puntos clave sobre la relación entre las empresas sancionadas, sus integrantes y las empresas impedidas, hay puntos que resultan altamente cuestionables en este proceso.*

*Para obtener un mejor panorama, el autor analiza la legislación previa en materia de contrataciones del Estado con el fin de entender la excesiva rigurosidad con que está planteada la responsabilidad de los postores y la forma como muchas veces el Tribunal la aplica, en un mercado que camina a una situación en donde gran parte del mismo estará inhabilitado para contratar con el Estado y gran parte estará impedido de hacerlo.*

Esto hace que la validez de algunos de los criterios publicados como parte del Acuerdo sean altamente cuestionables, dado que claramente perjudican a los postores.

### II. PROBLEMÁTICA: ¿A QUIÉN SE SANCIONA Y QUIÉN ESTÁ DETRÁS DEL SANCIONADO?

Para comentar el Acuerdo es necesario hacer primero un recuento del origen del problema y de las etapas previas, porque solo así se le entenderá en su contexto.

El origen de este problema viene dado por el hecho de que las sanciones administrativas recaen únicamente sobre el o los administrados que cometen la infracción. En

el caso de las personas jurídicas, el administrado es la persona jurídica misma que se presenta como postora en un procedimiento de selección.

Sin embargo, quienes ejercen el control y la gestión de la persona jurídica, y que finalmente tomaron las decisiones que llevaron a la empresa a incumplir las normas sobre contrataciones, son personas jurídicamente distintas a ella: son los gerentes, apoderados, directores, socios, etc., y demás personas en una posición de control y/o gestión que la integran.

Sea porque lo hacen dolosamente o por negligencia, la realidad es que fueron una o más personas dentro de este grupo las que llevaron a la empresa a cometer una infracción y



perjudicar al Estado. El daño causado al Estado repercute en todos los peruanos dado que los errores de los privados cuestan al Estado dinero de nuestros impuestos.

El perjuicio generado por estas personas se genera también, en muchos casos, contra el sector privado dado que se obtiene una ventaja indebida que priva de la buena pro a quien en realidad le correspondía.

Esto hace que tener a los jugadores correctos en la carrera por satisfacer las necesidades del Estado y de los peruanos sea algo crítico y altamente sensible. Es por ello que para tener un sistema saludable no basta con sancionar a la persona jurídica que cometió una infracción, se necesitan consecuencias contra las personas que llevaron a que una persona jurídica cometa esa infracción.

### III. SOLUCIÓN: NO TE PUEDO SANCIONAR, PERO PUEDO IMPEDIR QUE CONTRATES CON EL ESTADO

Dado que (i) no puedo sancionar a los integrantes de una persona jurídica por no ser ellas quienes cometieron la infracción, sino la persona jurídica misma; y que (ii) nada impide que ante la inhabilitación de una persona jurídica sus integrantes participen en otra para seguir contratando con el Estado se tenía que buscar una solución distinta a la sanción. Esta solución fue la causal de impedimento para contratar con el Estado.

Estas causales existen desde hace décadas. La Ley de Contrataciones bajo la Ley N° 26850 (julio 1997), por ejemplo, ya contenía causales de impedimento por vinculación, aunque estos eran menos sofisticados que las actuales y centrados principalmente en funcionarios públicos<sup>(1)</sup>. Existía, sin embargo, un claro intento por evitar que los postores usen vehículos empresariales valiéndose de la delimitación de responsabilidad y personería jurídica para escapar de las limitaciones de la norma.

Las causales de impedimento de la Ley N° 26850 comenzaron a

**“Quienes ejercen el control y la gestión de la persona jurídica, y que finalmente tomaron las decisiones que llevaron a la empresa a incumplir las normas sobre contrataciones, son personas jurídicamente distintas a ella.”**

expandirse desde el 2004 con la Ley N° 28267 (julio 2004), en donde se incluyó expresamente a las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas o titulares hayan formado parte de personas jurídicas sancionadas con inhabilitación, o que, habiendo actuado como personas naturales, se encontrarán con los mismos tipos de sanción.

Como la creatividad empresarial (y jurídica) sobrepasa muchas veces a la realidad normada, esta regla se ha ido sofisticando en el tiempo hasta su versión actual en la LCE.

Ha sido necesario también que sea materia de interpretación hasta en 3 ocasiones distintas, siendo el Acuerdo bajo comentario la tercera vez que es interpretada.

### IV. DECRETO LEGISLATIVO N° 1017: COMPLEJIDAD QUE LLEVÓ A CONFUSIÓN

Los muchos cambios a la Ley N° 26850, derivaron en la promulgación de su Texto Único Ordenado<sup>(2)</sup> en noviembre de 2004 (en adelante, el TUO). Esta época fue particularmente compleja para las contrataciones con el Estado dado el gran número de cambios que se dieron en pocos meses.

La norma fue finalmente derogada por la promulgación del Decreto Legislativo N° 1017 (junio 2008), antecedente directo de la LCE que entró en vigencia en enero de este año.

Si comparamos la regla de impedimento para los integrantes de personas jurídicas según su última versión en el TUO con la versión incluida en el Decreto Legislativo N° 1017, tenemos que hay diferencias notorias y que la nueva regla es bastante más compleja:

Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (art. 9)	Decreto Legislativo N° 1017 (art 10)
“g) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas o titulares hayan formado parte de personas jurídicas 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 se encontrarán con los mismos tipos de sanción; conforme a los criterios señalados en la Ley y en el Reglamento”.	“k) 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”.

(1) Indicaba que estaban impedidas de ser postores las empresas en donde los funcionarios de alto rango señalados en la norma o sus parientes tuvieran más del 5 % del capital social dentro de los 24 meses antes de la convocatoria de un procedimiento de selección.  
(2) Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

1. ¿Qué cambió?

- (i) En primer lugar, se amplió la base de las personas jurídicas a las que se les aplicaba este impedimento por vinculación de personas. Ya no solo se consideraría una vinculación por concepto de socios<sup>(3)</sup>, sino también por tener “integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales” en común.

Nótese que el cambio sigue circunscrito a las personas que formalmente tienen una posición de control o gestión. No se incluye, por ejemplo, a los trabajadores. Tampoco se incluye a inversionistas que no tengan un cargo formal de dirección, aun cuando ser el principal acreedor de una empresa puede conllevar influencia en la conducción del negocio.

El énfasis en mencionar “un cargo formal” en este artículo se hace porque existen figuras que sin tener un cargo en la empresa pueden influenciar en las decisiones de la misma al punto que han sido legisladas en algunas jurisdicciones<sup>(4)</sup>.

En el Perú, desde el Decreto Legislativo N° 1017 se busca regular la interferencia de terceros por medio de la prohibición expresa de usar testaferos para buscar evadir los impedimentos de la norma de contrataciones.

- (ii) En segundo lugar, se buscó ampliar el plazo de vinculación. Ya no solo se verificaría qué personas jurídicas tenían integrantes en común con la empresa sancionada, sino que se evaluaría qué personas jurídicas las tuvieron durante los últimos 12 meses de impuesta la sanción.

Esto se hizo en respuesta a la práctica de transferir las acciones y hacer renunciar al personal de dirección de una empresa que estaba involucrada en un procedimiento administrativo sancionador cuando se veía que era altamente probable que la empresa sea sancionada. Roto el nexo de vinculación, la sanción

**“El artículo 230 de la LPAG es claro al indicar que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.”**

no acarrearía la causal de impedimento para otras empresas.

La forma como este extremo fue redactado, sin embargo (“en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción”), fue materia de discusión y de diferentes opiniones dado que daba pie a dos interpretaciones:

- (a) Se incluyen como impedidas a las empresas que estuvieron vinculadas dentro de los 12 meses anteriores a la imposición de la sanción.
- (b) Están impedidas las empresas que hayan estado vinculadas dentro de los primeros 12 meses de impuesta la sanción.

Este fue uno de los problemas que tuvo que ser luego aclarado. Si bien en lo personal la interpretación (a) me pareció la más sensata desde el punto de vista regulatorio, este punto fue materia de discusión con colegas, clientes y abogados del propio OSCE que

tenían una marcada inclinación por la interpretación (b).

La interpretación (b) es claramente más beneficiosa para el sector privado y permite romper el nexo de vinculación hasta antes de la imposición de la sanción. Si bien esto tendría un impacto monetario que tendría que ser evaluado (tributario por la transferencia de acciones y posiblemente laboral por el cese de los representantes), en muchos casos este impacto sería menor a las ganancias que se perderían en virtud de la aplicación del impedimento.

Sin embargo, dada la poca claridad de la norma, la situación terminaba siendo más insegura que beneficiosa para los postores dado que no había claridad en la aplicación del criterio.

- (iii) En tercer lugar, se buscó reducir la causal de vinculación por socios. Dado que el TUO no indicaba límite alguno, bastaba con, por ejemplo, tener un socio en común que tuviera una acción en otra empresa para que esa otra empresa estuviera impedida<sup>(5)</sup>.

Para mitigar este tipo de situaciones, y siendo que el tener una acción no confiere control alguno sobre una empresa, el Decreto Legislativo N° 1017 estableció que se necesitaba tener más del 5 % de participación en el capital de la empresa para que esta se considere impedida<sup>(6)</sup>.

Sin embargo, la forma como este extremo fue redactado (“Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este

(3) A efectos de este artículo, la referencia a “socios” incluirá a todas sus formas incluyendo a accionistas, participacionistas y titulares de empresas individuales de responsabilidad limitada.

(4) Como los *shadow directors* o directores encubiertos, que son aquellas personas que sin formar parte del directorio (o de un órgano de control de la empresa) tienen la capacidad de influenciar sus decisiones.

(5) Esto era particularmente problemático para las empresas extranjeras dado que muchas vienen de jurisdicciones en donde, a diferencia del Perú, la pluralidad de socios no es necesaria. En estos casos es práctica común que se le pida al asesor legal que funja de segundo accionista y mantenga una acción a su nombre para cumplir con la regla de tener una pluralidad de socios. Si se daba el caso que una empresa en donde este asesor tenía una acción era sancionada, todas las empresas en las que participaba se encontraban automáticamente impedidas.

(6) Teniendo en cuenta que, por ejemplo, en la sociedad anónima cerrada, además de los derechos generales, un 5 % de participación en el capital solo te otorga el derecho a solicitar información de la empresa y sus operaciones, este porcentaje debería ser mucho más alto. Es bien difícil de argumentar que se tiene control o se influencia en la gestión de una empresa en el Perú teniendo una participación del 5 % del capital, pero este punto y el porcentaje al cual debería ser elevado tendrá que ser materia de análisis en otra oportunidad.



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”) fue también materia de discusión y de diferentes opiniones dado que daba pie a dos interpretaciones:

- (a) Existe un requisito (tener más del 5 %) y una consecuencia (el impedimento, el cual estará vigente durante el plazo que la sanción se encuentre vigente).
- (b) Existen dos requisitos (tener más del 5 % y que, además, este porcentaje se mantenga durante todo el plazo que la sanción se encuentre vigente).

Al igual que en el caso anterior, mi inclinación era la interpretación (a), aunque existían bastantes defensores de la interpretación (b). El beneficio de la interpretación (b) era que si transfieres las acciones hasta tener 5 % o menos del capital, rompes el vínculo y quedas exento del impedimento porque no cumplirías con los dos requisitos que exige la norma para estar impedido.

A lo anterior hay que agregarle que el texto no indica de qué empresa estamos hablando (sancionada o vinculada) al determinar que la participación no debe ser mayor al 5 %. Esto llevó a la duda de si el porcentaje era de aplicación para solo una de las empresas (interpretada según favoreciera al caso) o a ambas.

Aquí, nuevamente se estaba ante la situación en la que era difícil dar una respuesta clara a los clientes sobre su exposición al riesgo, dado que se tenía una interpretación claramente más favorable para el postor, pero sin seguridad en cuanto a su aplicación.

Como esta situación fue notada tanto por privados como por la administración pública, se tuvieron que dar aclaraciones posteriores.

**El artículo 59 de la LCE indica que los acuerdos de sala plena constituyen precedentes de observancia obligatoria.**

**V. PRIMERA ACLARACIÓN:  
ACUERDO DE SALA PLENA  
Nº 015/2013**

En palabras de este acuerdo, la poca claridad de la nueva regla en el Decreto Legislativo Nº 1017 estaba dando pie a diferentes criterios por parte de entidades y administrados e “(...) inclusive, en algunas resoluciones que este Tribunal ha emitido a la largo de los últimos años (2009-2012), lo cual, en lugar de generar predictibilidad en los administrados, determina situaciones de inseguridad jurídica que no coadyuvan a la transparencia y eficiencia del sistema de compras públicas”.

Sin embargo, en opinión de quien escribe, este acuerdo publicado en diciembre de 2013 fue dado en una dirección equivocada. De entre las interpretaciones existentes y comentadas arriba, este acuerdo estableció lo siguiente:

- (i) El plazo de 12 meses se refiere a los 12 meses **siguientes** de impuesta la sanción.
- (ii) Si rompías los vínculos establecidos en la norma antes de la imposición de la sanción no se te aplicaba el impedimento.

Si bien los criterios de este acuerdo de sala confirmaban las interpretaciones que favorecían al sector privado, en buena cuenta facilitaban también la elusión del supuesto regulado, por lo que la regla de impedimento era menos efectiva.

De la mano con estos criterios, este acuerdo incluyó también otras precisiones:

- (i) Para que se configure el vínculo por socios la participación mayor al 5 % en el capital debe darse en **ambas** empresas (tanto en la empresa sancionada como en la empresa vinculada).
- (ii) Si el vínculo se daba porque una misma persona era, por ejemplo, director en una empresa y accionista en otra, se aplicaría la regla del 5 % únicamente en la empresa en donde esa persona era accionista.

Estas aclaraciones respecto del porcentaje de participación fueron bienvenidas porque, como se comentó arriba, el artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 1017 en realidad no indicaba de qué empresa se habla al mencionar el 5 %.

Es discutible, sin embargo, si esto fue una aclaración o una modificación de la norma dado que más que aclarar se completó la redacción del artículo. Sea como fuere, se dejó establecido de qué empresa se estaba hablando en los diferentes supuestos de aplicación de esta regla en lo referente a la participación de los socios en el capital social<sup>(7)</sup>.

**VI. SEGUNDA ACLARACIÓN:  
REGLAMENTO DE LA LEY  
Nº 30225**

Prácticamente, seis meses después de la publicación del Acuerdo de Sala Plena Nº 015/2013, se publicó la LCE (julio 2014), la cual replicó casi sin modificar el texto del Decreto Legislativo Nº 1017 en lo que respecta al inciso k, sobre los impedimentos (ahora artículo 11).

Esta fue una oportunidad perdida para aclarar el tema, dado que no se aprovechó en usar una redacción más fácil de entender. El único cambio en el numeral es “decreto

(7) A efectos de este artículo, la referencia a “capital social” debe ser entendida efectuada al “patrimonio” para el caso de empresas que no cuenten con el primero, sino con el segundo.



legislativo” por “ley”, haciendo alusión a la norma que lo contiene.

Tanto es así que esto no fue un tema materia de análisis que incluso este es uno de los párrafos en donde la norma mantiene la referencia a “proceso de selección” en vez de usar el nuevo término de “procedimiento de selección”.

En línea con lo anterior, llama la atención que el numeral 7 de los antecedentes del Acuerdo de Sala Plena N° 015/2013 haya indicado expresamente que el Tribunal consideraba como imperfecta la regla contenida en el inciso k lo cual “justifica una futura modificación legislativa que perfile su sentido y ámbito de aplicación”. La oportunidad de hacer justamente esto se dio en los siguientes meses con la preparación y publicación de la LCE, pero lamentablemente no fue aprovechada.

Diferente fue el caso del reglamento de la LCE (en adelante, el Reglamento)<sup>(8)</sup>. Comoquiera que el Reglamento fue publicado cerca de año y medio luego de la LCE, se aprovechó la oportunidad para hacer lo que no se hizo en la ley. En este caso, se optó por incluir los criterios de interpretación del inciso k del artículo 11 de la LCE como duodécima disposición complementaria final del Reglamento (en adelante, DDCF).

Uno de estos criterios, sin embargo, fue el opuesto al determinado en el acuerdo de sala plena del 2013, mientras que el otro impuso una causal de impedimento que no está en la LCE:

- (i) Se aclara que el periodo de 12 meses se refiere a los 12 meses inmediatamente **anteriores** a la imposición de la sanción. Esta es la posición contraria a la dada por el acuerdo de sala plena del 2013.
- (ii) Se incluye como impedidos a las personas naturales o jurídicas que al momento de impuesta la sanción o dentro de los 12 meses anteriores a la imposición de la sanción integraban a la persona jurídica sancionada.

“**Dado que el Acuerdo es de aplicación a los casos que se decidan bajo la LCE y su Reglamento, se tendrán criterios de vinculación muy diferentes según el acuerdo de sala que sea de aplicación.**”

Este impedimento, sin embargo, no se encuentra en el artículo 11, por lo que viene a ser un intento de modificación de la LCE por medio del Reglamento y, por ende, un extremo altamente cuestionable del Reglamento.

Más allá de si el párrafo final de la DDCF contiene una regla justa o injusta (¿por qué castigar también al director si fue el gerente general quien firmó la propuesta y causó que se sancione a la empresa?), una norma de menor rango no puede modificar a una norma de mayor rango y esta DDCF está haciendo justamente eso al incluir una idea no recogida en el inciso k.

Al respecto, el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General es claro al indicar que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

Si bien en rigor la conducta sancionable es contratar con el Estado estando impedido de hacerlo, la definición de las causales de impedimento es una parte esencial del supuesto sancionable tipificado por lo que su definición no admite interpretación extensiva, como en este caso. Es por ello que se indica que este

extremo del Acuerdo es cuestionable.

Para diferenciar a este criterio de vinculación de otros, se hará referencia a este criterio como uno de **vinculación hacia adentro**, dado que partiendo de la empresa sancionada, el impedimento alcanza a las personas que la integran o la integraron en los 12 meses anteriores a la imposición de la sanción.

#### VII. TERCERA ACLARACIÓN: ACUERDO DE SALA PLENA N° 1-2016/TCE

Siguiendo la línea del acuerdo anterior, luego de aproximadamente 10 meses de la publicación del Reglamento, el Tribunal de Contrataciones del Estado expande aún más los supuestos de impedimento, regulando como impedimentos situaciones que no están indicadas en la LCE:

- (i) Introduce un criterio de **vinculación hacia afuera**, para personas jurídicas al indicar que ahora también se encuentra impedida “la persona jurídica integrada por una persona sancionada”. Es decir, partiendo de la persona jurídica sancionada, el impedimento alcanza a las empresas en donde esta tenga una participación mayor del 5 % en el capital social o ejerza alguna función de dirección o representación<sup>(9)</sup>.

Esto no es lo que dice el inciso k del artículo 11. Es más, el inciso k expresamente reserva el supuesto en el que un integrante (socio, director, gerente o representante) hace que la empresa en que participa se encuentre impedida de contratar con el Estado únicamente para los casos de integrantes que sean **personas naturales**.

La reserva de este caso de manera exclusiva para personas

(8) Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

(9) Apoderado o representante legal, indistintamente del término usado.



naturales está en el propio inciso k, el mismo que regula dos supuestos distintos de impedimento al señalar que “estarán impedidas las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales”:

(a) **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.**

(b) **O que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción<sup>(10)</sup>.**

El primer supuesto es uno, **vinculación horizontal**: comparto socios o determinadas personas con una empresa que fue sancionada.

El segundo supuesto es de vinculación hacia afuera como mencionamos arriba. Sin embargo, el criterio de la LCE, a diferencia del criterio del Acuerdo, es aplicado únicamente a personas naturales, no a personas jurídicas como podría interpretarse por el hecho de que el Acuerdo usa el término genérico “personas”, sin especificar que solo se aplica a “personas naturales”, como hace el inciso k.

Para estar en armonía con la LCE, el Acuerdo ha debido indicar que estará impedida “la persona jurídica integrada por una persona [natural] sancionada”.

Ampliar esta regla a personas jurídicas implicaría que la sanción efectuada a una matriz automáticamente impida que las demás subsidiarias de su grupo puedan contratar con el Estado. También podría implicar que si una empresa otorga poderes de representación a otra empresa para que la segunda gestione

**“El mercado camina a una situación en donde gran parte del mismo estará inhabilitado para contratar con el Estado y gran parte estará impedido de hacerlo.”**

alguna parte de sus negocios, dicha empresa esté impedida de contratar con el Estado<sup>(11)</sup>.

Este extremo del Acuerdo es cuestionable porque da pie a una interpretación que estaría aplicando indebidamente una restricción adicional al principio de libertad de concurrencia contenido en la LCE por medio de un instrumento que no es una modificación a la LCE. Es por ello que la interpretación que debería darse a este extremo del Acuerdo debe ser única y exclusivamente a personas naturales.

Es importante mencionar que la confusión de este punto se venía germinando desde el Acuerdo de Sala N° 015/2013, en donde se transcribe parcialmente el texto del inciso k sin incluir la precisión sobre las personas naturales que contiene la norma original.

El Reglamento fue más allá en la misma línea, limitándose (probablemente por efectos de practicidad) a referirse a “integrantes” y a definir ese término según la primera parte del inciso k, sin incluir la precisión sobre personas naturales.

Hasta aquí una lectura de la norma original y las aclaraciones te permitía inferir que la restricción sobre las personas naturales era aplicable porque el hecho que no se le esté mencionando no implicaba que se le esté desconociendo o modificando.

Es recién con el Acuerdo bajo análisis donde la redacción termina confundiendo más que ayudando al usar una referencia vaga a “personas”, lo cual puede incluir tanto a personas jurídicas como naturales contraviniendo el inciso k.

(ii) Recoge el criterio de vinculación hacia adentro del Acuerdo de Sala N° 015/2013.

#### VIII. APLICACIÓN DEL ACUERDO

El artículo 59 de la LCE indica que los acuerdos de sala plena constituyen precedentes de observancia obligatoria. En atención a esto, los puntos cuestionables arriba descritos tendrán que ser llevados en la vía correspondiente a fin de que sean corregidos. Alternativamente, el Tribunal podrá revisar el Acuerdo a la luz de argumentos como los aquí propuestos y corregirlos en los puntos que estime conveniente.

Hasta que ello ocurra se estarán aplicando algunos criterios de vinculación que, en opinión del que escribe, no tienen sustento en la norma originaria materia de interpretación.

Dado que el Acuerdo es de aplicación a los casos que se decidan bajo la LCE y su Reglamento, se tendrán criterios de vinculación muy

(10) Aquí, en realidad, la referencia debería ser a “sanción”, como en el caso del TUO. Tiene sentido que si un gerente general tiene una inhabilitación temporal, esta alcance a la empresa que dirige (si conduce mal sus propios negocios, probablemente manejará mal los de otros). No tiene sentido, en realidad, cuando se quiere seguir esta misma idea con referencia a “infracción”, dado que si un gerente incumple un contrato, es él quien lo incumplió, no la empresa. La empresa tendría que cometer su propia infracción para ser sancionada, lo cual, a su vez, traerá su propia sanción de inhabilitación, haciendo de esta regla (al menos a primera vista) inservible.

(11) Como la figura de los apoderados o representantes legales no está regulada en el inciso k, no se ha especificado que para que se apliquen los criterios de vinculación la representación de estas personas deba alcanzar para vincular a una empresa en un procedimiento de selección. Tal y como está redactado, la vinculación bien podría aplicarse para apoderados tan específicos como apoderados judiciales o bancarios. Este claramente no debería ser el caso.

diferentes según el acuerdo de sala que sea de aplicación.

Sin perjuicio de ello, en caso que un postor esté involucrado en un procedimiento administrativo sancionador y le sean aplicables los criterios del Acuerdo de Sala N° 015/2013, pero vea algún motivo por el cual el Acuerdo sea más beneficioso, podría invocar la aplicación de dichos criterios en virtud del principio de retroactividad benigna.

A primera vista, sin embargo, no se anticipa que un caso así vaya a ser frecuente dado que el Acuerdo es bastante más restrictivo que el Acuerdo de Sala N° 015/2013. Es más restrictivo incluso que la propia LCE.

## IX. CONCLUSIONES

Mirando en su conjunto todo lo analizado y comentado arriba, queda claro que si bien se ha avanzado en aclarar algunos puntos clave sobre la relación entre las empresas sancionadas, sus integrantes y

las empresas impedidas, hay puntos que resultan altamente cuestionables en este proceso.

La impresión que se deja en el administrado es que el trabajo se habría dado mirando más al paso inmediatamente anterior antes que a la fuente. Los pasos en donde se aprecia (i) una clara restricción aplicable únicamente a personas naturales; (ii) una definición en donde no se contradice a la restricción, pero no se le menciona; (iii) una definición en donde no se le contradice, pero no se le incluye; y finalmente (iv) una regla cuya redacción la hace aplicable tanto a personas naturales como jurídicas; muestran un proceso poco orgánico y sin la vista puesta siempre en el norte que es la norma originaria.

El resultado de un proceso así es un resultado que no se sostiene contra un análisis detallado. Si bien se entiende el celo por cuidar los intereses del Estado, esto no puede ser realizado excediendo las funciones ni en perjuicio del principio de libertad de concurrencia que ampara a los postores.

Este tema es sumamente importante no solo para mantener la cohesión del ordenamiento jurídico, sino por las consecuencias eminentemente prácticas que tiene en el mercado: se va a evitar injustamente que postores participen en procedimientos de selección, no porque el Congreso de la República lo decidió así al momento de emitir una ley, sino por decisión del Tribunal de Contrataciones del Estado, el que por ley solo está autorizado para interpretar la norma, mas no para modificarla.

Si a lo anterior se le suma la excesiva rigurosidad con que está planteada la responsabilidad de los postores y la forma como muchas veces el Tribunal la aplica (sin tener en cuenta la diligencia ordinaria de los postores, estableciendo parámetros de comportamiento que no son realistas y desconociendo lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto de la presunción de inocencia), el mercado camina a una situación en donde gran parte del mismo estará inhabilitado para contratar con el Estado y gran parte estará impedido de hacerlo. ■