



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor  
de las Contrataciones  
del Estado

Tribunal de Contratación  
del Estado



## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

**Sumilla:**

*"Todo acto administrativo goza, en principio, de la presunción de validez. Para que una decisión sea reconsiderada, el Impugnante debe proporcionar elementos que desvirtúen la validez del acto recurrido. En el presente caso, el Impugnante no ha revertido los fundamentos expuestos en la resolución recurrida, por lo que corresponde confirmar la sanción impuesta."*

Lima, 21 DIC. 2016

**VISTO**, en sesión del 21 de diciembre de 2016 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1945/2016.TCE, sobre recurso de reconsideración interpuesto por la empresa M & T CORPORATION DEL PERU S.A.C., en contra de la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016 que determinó su responsabilidad por haber presentado información inexacta en el marco de Adjudicación Simplificada N° 12-2016-SMV – Primera Convocatoria, convocada por la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV; infracción que se encuentra tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, oídos los informes y atendiendo a los siguientes:

**ANTECEDENTES:**

1. Mediante Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016, la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, dispuso sancionar a la empresa M & T CORPORATION DEL PERU S.A.C., en adelante el Postor, con once (11) meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por haber presentado información inexacta en el marco de Adjudicación Simplificada N° 12-2016-SMV – Primera Convocatoria, en adelante el procedimiento de selección, convocado por la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV, en lo sucesivo la Entidad; infracción que se encuentra tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225.

Los principales fundamentos de dicho acto administrativo fueron:

- i) Se imputó al Postor haber presentado, como parte de su propuesta técnica, documentos supuestamente falsos o con información inexacta, consistente en el Anexo N° 2: "Declaración Jurada" (Art. 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado), por el cual declaró no tener impedimento para participar ni contratar con el Estado.

Respecto al impedimento contenido en el literal k) del artículo 11 de la ley.

- ii)** En la recurrida se señaló que respecto a la empresa M & T CORPORATION DEL PERU S.A.C. (persona jurídica "vinculada"), según la información obrante en el Asiento N° 00001 de la Partida Registral N° 01681575 del Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) - Oficina Registral de Lima, y lo declarado ante el Registro de Proveedores del RNP, en virtud de los trámites N° 2015-7865246 y N° 2015-7865105<sup>1</sup>, al efectuar su inscripción como proveedor de bienes y servicios, se tuvo que, al 16 de mayo de 2016, fecha en que el Postor presentó su oferta técnica con el Anexo N° 02 (documento cuestionado), el señor el Eric Morán Añazco fue designado como Gerente General y representante legal de dicha empresa, así como socio (fundador) con un porcentaje mayor al 5% del capital social (99% de participación social).
- iii)** Por su parte, respecto a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. (persona jurídica sancionada), se señaló que mediante la Resolución N° 2198-2015-TCE-S3 del 2 de octubre de 2015, ratificada por la Resolución N° 2497-2015-TCE-S3 del 2 de noviembre de 2015, se sancionó a dicha empresa con inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procedimiento de selección y contratar con el Estado, por el periodo de treinta y seis (36) meses.

Asimismo, de conformidad con el Asiento N° C 00003<sup>2</sup> de la Partida Registral N° 11962492 del Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), se tuvo que al 16 de mayo de 2016, fecha de presentación de propuestas, la señora Beatriz Toledo Benavides tuvo el cargo de Gerente General, actuando como representante legal de la empresa sancionada.

Por su parte, en cuanto a los socios que integraron dicha empresa, se determinó que desde el 11 de mayo de 2009, los socios fueron el señor Guillermo Toledo Zúñiga y la señora Beatriz Toledo Benavides, quienes tenían el 1% y 99% de participación, respectivamente; pues desde el 3 de junio de 2008 el señor Erin Morán Añazco dejó de ser socio, al haber transferido sus acciones al señor Guillermo Toledo Zúñiga, hecho que se pudo verificar sobre la base de la copia legalizada de fecha 31 de octubre de 2016 del libro de actas N° 01 y las copias legalizadas del libro de matrícula de acciones, las cuales resultaron ser congruentes con la declaraciones que dicha empresa ante el Registro Nacional de Proveedores, toda vez que desde el año 2010, esta empresa no declaró como su socio al señor Eric Morán Añazco. Dichos hechos causaron convicción en el Colegiado, respecto a que el señor Eric Morán Añazco no tuvo la condición de accionista de la empresa M & T Consulting Perú S.A.C

<sup>1</sup> Obrantes en fs. 523 y 524 del expediente administrativo.  
<sup>2</sup> Obrante en f. 593 del expediente administrativo.

## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

al momento que esta fue sancionada con inhabilitación, ni en los últimos 12 meses contados de su imposición, ni menos aún al momento de la presentación de la propuesta.

- iv) Por lo tanto, al no advertirse que a la fecha de presentación de ofertas en el procedimiento de selección, el Postor haya compartido con la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales, no se apreció elementos que permitieron acreditar que estuvo incurso en el impedimento previsto en el literal k) del artículo 11 de la Ley.

Respecto al impedimento referido en el literal l) del artículo 11 de la ley, concordante con el literal c) del artículo 248 del reglamento.

- v) Como parte de la denuncia realizada por la Entidad, esta también señaló que el Postor habría incurrido en el impedimento previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, señalando la existencia de una continuación o derivación de la empresa sancionada M & T Consulting Perú S.A.C. a través de la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. (el Postor).

- vi) De acuerdo a los términos del impedimento, se refirió que una persona es la continuación, derivación, sucesión, o testafierro de una persona impedida, en atención a diversas circunstancias tales como la identidad de las personas que la representan o las constituyen. La norma también posibilita advertir el impedimento mediante otras circunstancias, a condición que sean verificables. Dichas circunstancias pueden ser por ejemplo, la oportunidad de la constitución de la nueva empresa y/o de la fusión, la relación comercial o de parentesco que exista entre las personas que lo conforman, la identidad de los socios fundadores, la identidad del rubro comercial y operaciones, entre otros.

- vii) Así, este Colegiado pudo advertir una serie de circunstancias que demostraron una estrecha vinculación entre las empresas M & T Consulting Perú S.A.C. y M & T Corporation del Perú S.A.C., tal como se aprecia a continuación:

Razón Social	M & T Consulting Perú S.A.C.	M & T Corporation del Perú S.A.C. (el Postor)
Socios Fundadores	<ul style="list-style-type: none"><li>Eric Morán Añazco (50%)</li><li>Beatriz Toledo Benavides (50%)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>Eric Morán Añazco (99%)</li><li>Kenneth Evander Ortega Morán (1%)</li></ul>
Socios a la fecha de presentación de ofertas	<ul style="list-style-type: none"><li>Beatriz Toledo Benavides (99%)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>Eric Morán Añazco (99%)</li><li>Kenneth Evander Ortega Morán (1%)</li></ul>



	<ul style="list-style-type: none"><li>• Guillermo Felix Toledo Zúñiga, (1%)</li></ul>	
<b>Representantes a la fecha de constitución empresarial</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Eric Morán Añezco (Gerente General)</li><li>• Beatriz Toledo Benavides (Subgerente)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Eric Morán Añezco (Gerente General)</li></ul>
<b>Representantes a la fecha de presentación de ofertas</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Beatriz Toledo Benavides</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Eric Morán Añezco</li></ul>
<b>Elemento (1)</b>	Mediante Resolución N° 2198-2015-TCE-S3, ratificada por la Resolución N° 2497-2015-TCE-S3 del <b>2 de noviembre de 2015</b> , dicha empresa es sancionada por el periodo de treinta y seis (36) meses de inhabilitación temporal en sus derechos para ser participante, postor o contratista.	La empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. se constituyó mediante escritura pública, el <b>11 de noviembre de 2015</b> .
<b>Elemento (2)</b>	Mediante escritura pública del 21 de marzo de 2016, luego de la entrada en vigencia de la sanción de inhabilitación a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., esta es absorbida por la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C., constituida días después de la referida sanción.	
<b>Elemento (3)</b>	De la información declarada ante el RNP y la SUNAT puede apreciarse que tanto la empresa absorbida como la absorbente se dedican a las mismas actividades comerciales, las cuales están referidas a servicios de consultoría de informática y de gestión de instalaciones informáticas.	
<b>Elemento (4)</b>	Como parte de la propuesta técnica presentada al proceso de selección, se advierte que el Postor (M&T Corporation del Perú S.A.C) presentó para acreditar su experiencia como postor, facturación íntegramente perteneciente a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., tal como obra en fs. 46 a 79 de la oferta presentada al procedimiento de selección.	

## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

**viii)** De la evaluación conjunta y razonada de todos los elementos antes expuestos, este Colegiado llegó a la convicción de que la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. (el Postor) era en realidad una continuación de la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., habiendo sido constituida exprofesamente para aprovechar la experiencia de una empresa sancionada y eludir la sanción recaída días antes sobre esta última, puesto que la constitución del Postor se dio el 11 de noviembre de 2015, mientras que la sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. entró en vigencia el 3 de noviembre de 2015. Es decir, es decir entre la imposición de sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. por parte de este Tribunal y la constitución societaria del Postor, solo se tiene un diferencia de ocho (8) días calendario.

**ix)** En efecto, a pocos días de haber entrado en vigencia la sanción antes referida<sup>3</sup> para la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., la misma persona que fue socio fundador de la empresa sancionada (el señor Eric Morán Añazco), constituyó la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. (el Postor), de la cual este es titular del 99% de las acciones.

Así, se consideró que la constitución de una empresa, con una razón social sumamente similar a la de la empresa sancionada, a escasos días de la entrada en vigencia de la sanción referida no era un hecho casual, pues prontamente se reveló que la creación de esta segunda persona jurídica (lo que se produjo el 11 de noviembre de 2015) respondía a la intención de absorber a la sancionada, lo que se concretó poco tiempo después (21 de marzo de 2016) y, como también se pudo observar, con la finalidad de presentar como propia toda la experiencia de la sancionada, en un proceso de selección convocado por la Entidad, hecho que además fue corroborado en la audiencia llevada a cabo con fecha 27 de octubre de 2016, al referir le Postor que concretó la operación por considerar una "oportunidad empresarial rentable" absorber a una sancionada.

**x)** Resultó también un hecho evidente, la afinidad y vínculos comerciales que existen entre los socios y representantes de las dos empresas en cuestión, la misma que data cuando menos de diez (10) años atrás, según la evidencia existente en el expediente, pues la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. fue constituida teniendo como socio fundador al señor Eric Morán Añazco, así como la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. (empresa sancionada) también fue constituida teniendo como socio fundador a la misma persona.

**xi)** Asimismo, se destacó la similitud de las razones sociales de una y otra persona jurídica, lo que abundó en la intencionalidad de eludir las consecuencias

<sup>3</sup> La sanción determinada en la Resolución N° 2198-2015-TCE-S3, ratificada por la Resolución N° 2497-2015-TCE-S3, entró en vigencia el 3 de noviembre de 2016, mientras que la constitución de la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. se dio por escritura pública del 11 de noviembre de 2015, es decir, a los 8 días calendario de haber entrado en vigencia la inhabilitación de la empresa M & T Consulting Perú S.A.C.



gravosas impuestas a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., pero sin dejar de aprovechar su valor comercial en el mercado así como su experiencia, lo que más adelante se evidenciaría con mayor claridad en el procedimiento de selección convocado por la Entidad, hecho que pretendió minimizar el Postor.

- xii)** Asimismo, también se valoró el hecho que el Postor tenía conocimiento de la sanción impuesta a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. mediante Resolución N° 2198-2015-TCE-S3, y ratificada por la Resolución N° 2497-2015-TCE-S3, hecho que además no fue negado por este, toda vez que por tal razón es que se produjo la fusión por absorción, al considerar a dicha empresa como una "oportunidad empresarial rentable".

Sobre ello, se agregó que una persona jurídica, adecuadamente constituida, se da con la finalidad de desarrollar una actividad comercial, ganar reputación y experiencia, interactuar competitivamente tanto con los agentes privados como con los adquirentes estatales, y toda otra actuación que, en sana competencia con otras empresas, le permitan consolidarse como un proveedor de bienes y servicios en el mercado. De ninguna forma puede entenderse que la creación de una persona jurídica se da con la finalidad de "absorber" personas jurídicas inhabilitadas por el régimen de contratación pública, para utilizar su experiencia nada menos que en procedimientos de contratación pública. Entenderlo así, representa un absoluto despropósito para dicho régimen.

- xiii)** Así también, pudo apreciarse que tanto la empresa absorbida como la absorbente se dedican a las mismas actividades comerciales, las cuales están referidas a servicios de consulta de la informática, desarrollo de aplicación del cliente internet /intranet, entre los que cabe también el desarrollo de software, seguridad de ordenadores, redes e internet, entre otros.

- xiv)** Por último, se consideró también que el Postor con razón de su participación en el procedimiento de selección, presentó como parte de su oferta técnica, la experiencia referida a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. (empresa sancionada), pretendiendo utilizar la misma a fin de acreditar la experiencia requerida en el procedimiento, tal como se apreció de los documentos que presentó en folios 46 a 79<sup>4</sup> de su oferta.

- xv)** Ahora bien, como parte de los argumentos de defensa, el Postor señaló que su representada estaría asumiendo la sanción impuesta a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. Al respecto, en la recurrida se señaló que dicha alegación revela una confusión de conceptos, pues los impedimentos previstos en la Ley y su Reglamento no constituyen sanciones, puesto que los impedimentos para contratar con el Estado, son restricciones que el legislador

<sup>4</sup> Los cuales obran en fs. 316 a 359 del expediente administrativo.

## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

impone, sin necesidad de un "procedimiento sancionador" previo, en resguardo del valor que constituye el fin último de toda actuación estatal y que justifica la existencia misma del Estado: el interés público.

- xvi)** Por otro lado, también argumentó que el literal c) del artículo 248 del Reglamento no está redactado a un nivel de precisión respecto de la conducta prohibida, pues señala que incluso se vincula por cualquier otra circunstancia comprobable; sobre ello, afirma que bajo el principio de legalidad y el de "tipificación exhaustiva", se prohíbe la tipificación vacía o en blanco.

Sobre el particular, se indicó que dicho cuestionamiento a la norma reglamentaria bajo comentario, no puede ser atendida en esta vía, al ser impropia para tal fin. No obstante ello, a criterio del Colegido, se señaló que el literal c) del artículo 248 del Reglamento resultaba ser suficientemente claro, de tal manera que se puede perfectamente identificar que el Postor incurría en el mismo.

- xvii)** En atención a todo lo expuesto, se llegó a la convicción de que el Postor se encontraba impedido de participar en el procedimiento de selección, conforme a lo establecido en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, en concordancia con el literal l) del artículo 11 de la Ley, al haberse verificado que es continuación de la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., la cual se encontraba impedida de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, conforme a lo establecido en la Resolución N° 2198-2015-TCE-S3.

- xviii)** En consecuencia, habiéndose verificado que al 16 de mayo de 2016, fecha en la que se realizó la presentación de ofertas en el marco del procedimiento de selección, el Postor se encontraba impedido para ser postor y/o contratista del Estado, lo declarado en el Anexo N° 02 "Declaración Jurada" (Art. 31 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de mayo de 2016, constituyó información inexacta, configurándose la infracción establecida en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

- 2.** Mediante escrito presentado el 28 de noviembre de 2016 en la Mesa de Partes del Tribunal, la empresa M&T Corporation del Perú S.A.C., en adelante el Impugnante, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016, solicitando lo siguiente:


- a) Se declare la nulidad de la referida resolución por no haberse respetado el derecho a la defensa ni al debido procedimiento.
- b) En el supuesto negado, se revoque o se resuelva que su representada no se encuentra impedida para contratar con el estado, y por ende no se le imponga sanción administrativa.
- c) En caso ello no sea atendible, se le reduzca la sanción impuesta.



Sustenta lo solicitado en los siguientes argumentos:

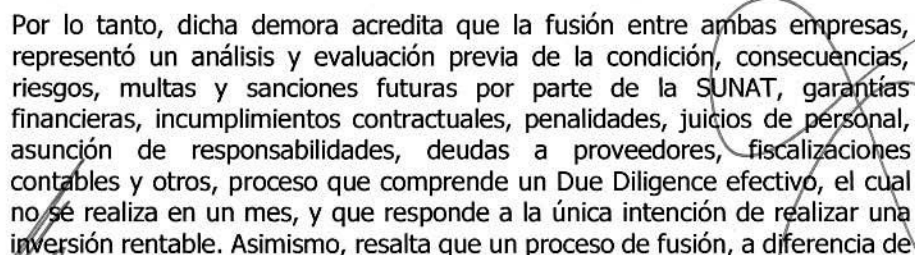
- i) Señala que los elementos por los cuales se determinó que su representada se encuentra vinculada a la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. son diferentes a aquellos por los cuales la Entidad formuló denuncia; en tal sentido, toda vez que estos nuevos elementos no le fueron comunicados, por lo que no pudo formular oportunamente sus argumentos de defensa. Por lo tanto, lo señalado en la resolución recurrida constituye una nueva acusación, por lo que, mediante su recurso formula sus descargos al respecto, a pesar de que en esta etapa aquello no corresponde.

Sobre ello, según detalla, en el Informe N° 409-2016-SMV/08 remitido por la Entidad, se formuló acusaciones en contra de su representada, resaltando aquella referida a que se encontraba incurso en el impedimento establecido en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, pues, según lo señalado por la Entidad, existían los siguientes elementos: i) mismo socio fundador, ii) denominación social empleada, iii) mismo objeto social, iv) fusión por absorción con posterioridad a la imposición de la sanción. No obstante ello, los elementos de la resolución recurrida, en mérito a los cuales se determinó la supuesta vinculación de su representada con la empresa sancionada, se basan en una acusación diferente a la que formuló la Entidad y por la cual se aperturó el procedimiento administrativo.

- 
- ii) Por otro lado, afirma que la imposición de sanción administrativa a la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. representó una oportunidad de inversión, y no una intención de eludir la inhabilitación impuesta a esta, fusión que no hubiera sido posible antes de la imposición de la sanción, por cuanto en aquel momento la inversión por la adquisición de la misma era muy alto.

En tal sentido, el Tribunal no ha considerado que entre la fecha de imposición de la sanción y la fusión han transcurrieron más de tres (3) meses, hecho que revela que el motivo de realizar la fusión no respondió a una evidente intención de eludir la sanción, pues en dicho periodo se convocaron diversos procedimientos de selección, por lo que si la intención hubiera sido evadir dicha sanción, la fusión se hubiera concretizado a días de la imposición de la sanción, sin tener que esperar más de tres meses para ello.

Por lo tanto, dicha demora acredita que la fusión entre ambas empresas, representó un análisis y evaluación previa de la condición, consecuencias, riesgos, multas y sanciones futuras por parte de la SUNAT, garantías financieras, incumplimientos contractuales, penalidades, juicios de personal, asunción de responsabilidades, deudas a proveedores, fiscalizaciones contables y otros, proceso que comprende un Due Diligence efectivo, el cual no se realiza en un mes, y que responde a la única intención de realizar una inversión rentable. Asimismo, resalta que un proceso de fusión, a diferencia de





## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

lo consignado en la recurrida, no es un proceso sencillo que por su simplicidad pueda ser utilizado para evadir las sanciones impuestas, esto porque implica que la empresa que absorbe realice un análisis de todas las implicaciones y riesgos.

Así, tampoco se ha considerado que desde la fusión propiamente dicha hasta su participación en el procedimiento de selección transcurrieron más de tres meses, lo que evidencia que no tenía interés en evadir la misma, con el único fin de participar en procesos de selección, porque de ser así, su participación hubiera sido inmediata.

Por otro lado, respecto al argumento de la recurrida que señala que su representada fue constituida con la única finalidad de ser una continuación de la empresa sancionada, afirma que lo cierto y real es que dicha empresa fue constituida con el objeto de llevar a cabo un Due Diligence a fin de realizar inversión rentable a través de la adquisición de los activos y pasivos de la empresa sancionada, para lo cual es necesario efectuar anticipadamente un Due Diligence.

No obstante ello, dicha inversión a la fecha no ha logrado su objetivo, pues su representada ha experimentado eventos negativos (como reducción de personal, transacciones extrajudiciales y demás), aunado al hecho de que ciertas entidades del Estado han interpretado que dicha fusión evidencia la comisión de infracción administrativa.

- A
- iii) Por otro lado, en la recurrida no se ha considerado que como consecuencia de la fusión, los activos y pasivos de la empresa extinta pasaron a ser, a partir del 4 de febrero de 2016, de propiedad de su representada, por lo cual no es correcto hablar que su empresa ha utilizado experiencia de la empresa extinta, toda vez que desde dicha fecha, esa experiencia es su propiedad, lo contrario es sostener algo tendencioso y prejuicioso.

En tal sentido, el hecho de haber presentado facturación de la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. para efecto de acreditar su experiencia en el procedimiento de selección, resulta correcta, toda vez que como producto de la fusión, dicha experiencia es de su propiedad, al haber absorbido de igual forma todos los activos y pasivos de dicha empresa.

- iv) Por otro lado, afirma que el literal c) del artículo 248 del Reglamento, deviene en una norma vacía o en blanco, por cuanto deja a criterio del juzgador efectuar un razonamiento o deducción que se aparta de lo legal, lo cual no cumple con el principio de tipicidad.

Bajo dicha premisa, alegar que una persona jurídica es sucesión de otra porque tienen en común un socio fundador, es atentar contra el derecho a la libertad



de asociación, por cuanto el señor Eric Morán Añazco quedaría impedido de participar en cualquier asociación que tenga como fin participar en procedimientos de selección.

Por su parte, respecto a la presunta denominación social de las empresas involucradas, al prohibirse que se utilice una denominación similar en otra empresa donde participe el señor Eric Morán Añazco atentaría contra su derecho a la identidad personal, al no poder escoger a su libre elección la denominación social a adoptar. Además, se aprecia que de una simple búsqueda en SUNAT se puede encontrar una pluralidad de empresas que también tienen una denominación social similar.

Respecto al objeto social de las empresas, se señalarse que ello implica un elemento para vincular a su representada, se atentaría contra el derecho a la libre asociación del señor Eric Morán Añazco, pues este no podría formar empresas en ninguna otra empresa del mismo rubro.

- v) Por otro lado, señala que en el presente caso no se ha determinado fehacientemente que su representada es continuación de la empresa M&T Consulting Perú S.A.C., pues para ello, debe definirse qué se entiende por continuación; al respecto, afirma que no existe norma, opinión, precedente u otro que defina tal concepto para la interpretación del presente impedimento. No obstante, considera que dicho término debe de entenderse en aquellas situaciones donde en la empresa que surge no se advierta variación en sus componentes esenciales con aquellos que tuvo la empresa sancionada, dentro de los cuales debe considerarse a las personas que integraron la estructura organizativa directiva de dicha empresa, quienes ostentan poder de decisión, como socios, accionistas, participaciones, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados y representantes legales. Entonces, para que se pruebe fehacientemente que una empresa sancionada continua siendo la misma luego de un proceso de fusión, se debe demostrar que las nuevas personas que conforman la estructura organizativa directiva responden a los intereses de las personas de la estructura organizativa de la empresa sancionada, por lo que, en un supuesto contrario, es decir apreciarse que en la empresa que surge como producto del proceso de reorganización existen intereses empresariales genuinos, es decir intereses lucrativos como las utilidades que genere, las cuales, en ningún caso serán compartidas con las personas que integraron la empresa sancionada. Es decir, para acreditar dicho impedimento debe evidenciarse que la empresa que absorbe responde a los intereses personales, empresariales o financieros de quienes formaron parte de la estructura organizativa directiva de la empresa sancionada, demostrando así que quienes integran la nueva sociedad no tiene un interés genuino.

- vi) Teniendo como premisa lo anterior, cuestiona que se haya considerado como un elemento que acreditar la supuesta continuación de la empresa M&T

## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

Consulting Perú S.A.C., el que señor Eric Morán Añazco haya sido socio fundador de dicha empresa, pues afirma que aquella situación no representa ningún beneficio, pues de conformidad con la Ley de Sociedades, el señor Eric Morán Añazco no se reservó ningún derecho o privilegio en su calidad de socio fundador, tal como se aprecia en la escritura de constitución de dicha empresa. Por lo tanto, no es relevante saber quien fundó una empresa sino quien o quienes tuvieron capacidad de decisión al momento de la infracción o incluso hasta doce (12) meses anteriores. Por lo que toda vez que el señor Eric Morán Añazco dejó de ser socio de la empresa sancionada hace más de ocho (8) años, no tuvo vinculación o injerencia alguna, sobre ello el Tribunal no ha valorado dicho hecho en su real dimensión, pues desde que dejó de ser socio renunció a todo beneficio e interés en la empresa sancionada. Asimismo, debe considerarse que para nuestro ordenamiento legal dentro de la estructura directiva de una organización, los socios fundadores no han sido considerados como las personas que la integren o que puedan tomar decisiones.

Asimismo, señala que las razones por las cuales el señor Erin Morán Añazco dejó de ser socio desde el 2008 de la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. fue porque como en todo negocio, cuando una empresa no marcha no se espera, se busca otras oportunidades de inversión, asimismo, desde el año 2009 dejó de ser Gerente también de dicha empresa, pues, al ser este cargo uno de confianza, la Junta de Accionistas en aquella oportunidad optó por nombrar como Gerente General a otra persona.

De igual manera, señala que tampoco resulta relevante poder conocer quiénes fueron los representantes legales al momento de las constituciones de las empresas M&T Consulting Perú S.A.C. y su representada, sino en todo caso es relevante conocer quien lo fueron al momento de la comisión de la infracción o al momento de la imposición de sanción, o incluso hasta doce (12) meses anteriores. El Tribunal, en su análisis olvidar mencionar que el señor Eric Morán Añazco dejó de ser representante legal de la empresa desde el 28 de setiembre de 2007.

- vii) Por otro lado, cuestiona la relación señalada en la recurrida acerca que entre la empresa sancionada y su representada existen convergencia en las mismas actividades comerciales, por cuanto, según afirma, resulta lógico que si se realiza un proceso de fusión, la adquisición de la empresa absorbente sea del mismo o similar sector comercial, lo cual responde a un orden lógico y natural.

Sobre aquello, señala que si se hubiera querido encontrar esa supuesta similitud, se debió de observar los objetos sociales de dichas empresas según sus estatutos, puesto que la consignación de un rubro comercial en SUNAT y RNP responde a un proceso de inscripción en tales registros según determinadas categorías, las cuales de por sí no son necesariamente idénticas.



viii) A manera de cierre, concluye señalando que el Tribunal ha realizado un análisis prejuicioso de las condiciones que vinculan a su representada con la empresa sancionada, afirmando hechos y omitiendo otros, como son que entre la constitución de su empresa y la fusión hubo un lapso de tres meses, que la razón de dicha fusión respondió a un inversión en la compra de activos y no con la intención de eludir una sanción, que si bien el señor Eric Morán Añazo fue socio fundador y Gerente General de la empresa sancionada, dejó de serlo en los años 2008 y 2009, respectivamente, no manteniendo lazos de interés con tal empresa, que no existe criterio o interpretación sentada a fin de establecer el impedimento determinado sino que en análisis se basa en una serie de especulaciones formadas en criterio propio, que los socios y representante legal de la empresa sancionada al momento de la imposición de la sanción a la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. no formaron parte de su representada, tal como la propia resolución lo determinó en el acápite referido al literal k) del artículo 11 de la Ley. Asimismo, el Tribunal ha olvidado que en el mundo empresarial las empresas se compran y venden como cualquier otro bien de intercambio comercial, incluso ello evita el riesgo de inversión, por cuanto adquirir activos de una empresa ya constituida resulta más conveniente, tales ejemplos puede darse desde franquicias, traspasos, fusiones, adquisiciones y otros, interpretación contraria a ello implica un juicio prejuicioso, máxime si las personas que integran la estructura societaria de su representada no responden a intereses de aquellos que dirigieron la empresa sancionada.

ix) Por último, concluye que el análisis desarrollado en la recurrida denota un actuar prejuicioso, toda vez que el mensaje contenido en esta denota que toda empresa sancionada no pueda ser absorbida, por ello automáticamente significaría que se trata de una continuación de la misma, así como en la recurrida se han citado ejemplos en base a criterios, las cuales justo calzan en la situación de su representada; asimismo, el Tribunal prejuzga que el interés que tuvo su representada no se encuentre justificado, toda vez que no comprende que el motivo de absorber a la empresa Consulting Perú S.A.C. fue concebida como una inversión comercial.

x) Solicitó el uso de la palabra.

3. Con decreto del 1 de diciembre de 2016, se puso a disposición de la Cuarta Sala del Tribunal el recurso de reconsideración interpuesto, dejándose a consideración el uso de la palabra formulado por el Impugnante.
4. Mediante escrito presentado el 2 de diciembre de 2016 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Impugnante señaló que producto de una unión temporal o Joint Venture con un socio estratégico en Chile, ha sido adjudicado con la buena pro de una licitación ID 587-49-LS16 en dicho país. Señala que la importancia de tal hecho radica en que dicho Joint Venture se constituyó con la finalidad de poner en práctica



## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

uno de los objetivos por los cuales adquirió los activos de la empresa extinta, entre ellos la experiencia de esta, evidenciándose así, que el objetivo por el cual adquirió los activos fue con miras a una inversión.

5. Con decreto del 5 de diciembre de 2016, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Impugnante.
6. Con decreto del 6 de diciembre de 2016, se programó fecha para la audiencia pública a llevarse a cabo el 14 de diciembre de 2016.
7. El 14 de diciembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia pública programada, donde hizo uso de la palabra al abogado representante del Impugnante.

8. Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2016 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Impugnante señaló que su representada si ha participado en forma autónoma en procedimientos de contratación pública antes de la entrada en vigencia de la fusión, así como ha realizado actividades comerciales en el ámbito privado. Para acreditar ello, remite copias de diversas órdenes de compra emitidas a su nombre.

9. Con decreto del 19 de diciembre de 2016, se dejó a consideración de la Sala la documentación remitida.

### II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa **M & T CORPORATION DEL PERU S.A.C.**, contra lo dispuesto en la **Resolución N° 2728-2016-TCE-S4** del 16 de noviembre de 2016, mediante la cual se le sancionó con inhabilitación temporal por un período de once (11) meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado; por la comisión de la infracción que estuvo tipificada en el literal j) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, previa evaluación de los criterios de graduación de la sanción.

#### Sobre la procedencia del recurso de reconsideración.

2. El recurso de reconsideración en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de este Tribunal se encuentra regulado en el artículo 231 del Reglamento de la Ley N° 30225, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, en adelante el Reglamento. A tenor de lo dispuesto en el citado artículo, dicho recurso debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes<sup>5</sup> de notificada la resolución que impone la sanción y resuelto en el término de quince (15) días

<sup>5</sup> Oportunidad en la cual solo podrá solicitar el uso de la palabra.



hábiles improrrogables a partir de su presentación sin observaciones o de la subsanación respectiva.

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

3. Atendiendo a la norma antes glosada, así como de la revisión de la documentación obrante en autos y en el sistema del Tribunal, se aprecia que la Resolución N° **2728-2016-TCE-S4** fue notificada al Impugnante el 21 de noviembre de 2016, a través del Toma Razón Electrónico ubicado en el portal institucional del OSCE.

Estando a lo anterior, se advierte que podía interponerse válidamente el recurso impugnativo correspondiente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, en virtud de lo establecido en el artículo 23 del Reglamento, es decir, hasta el 28 de noviembre de 2016.

Por tanto, teniendo en cuenta que el recurso presentado fue interpuesto el 28 de noviembre de 2016 en la Mesa de Partes del Tribunal, se advierte que este fue presentado en el plazo previsto, por lo que corresponde evaluar los argumentos planteados.

#### **Cuestión previa**

4. De manera previa al análisis de los argumentos presentados en el recurso de reconsideración, este Colegiado considera que debe desarrollarse, en primer lugar, los cuestionamientos señalados por el Impugnante respecto al pedido de nulidad que formula en su recurso, el cual se sustenta en la supuesta afectación al debido procedimiento, por cuanto, según afirma, en la resolución recurrida se ha sancionado a su representada sobre la base de nuevos argumentos que no fueron imputados como parte del inicio del procedimiento sancionador, no pudiendo, en consecuencia, efectuar sus descargos.

Así, según detalla en su recurso, en el Informe N° 409-2016-SMV/08, remitido por la Entidad, se formuló acusaciones por la existencia del impedimento establecido en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, advirtiendo la Entidad que entre el Impugnante y la empresa sancionada (M&T Consulting Perú S.A.) existían: i) mismo socio fundador, ii) denominación social empleada, iii) mismo objeto social, iv) fusión por absorción con posterioridad a la imposición de la sanción. Señala al respecto que la recurrida le formula "nuevas acusaciones" y "nuevos argumentos", en referencia a los elementos que el Tribunal tomó en consideración al emitir su resolución, luego del desarrollo del procedimiento correspondiente.

En el recurso incluso se efectúa una comparación entre los elementos que tuvo en cuenta la Entidad (la Superintendencia del Mercado de Valores) para considerar que



## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

el Impugnante incurría en el impedimento establecido en el literal c) del artículo 248 del Reglamento y aquellos elementos que, adicionalmente a los expuestos por dicha Entidad en su denuncia, expuso la resolución recurrida como sustento de su sentido.

5. Al respecto, debe en primer lugar señalarse que el recurrente incurre en una gruesa confusión de conceptos, para tratar de sustentar supuestas afectaciones al debido procedimiento y de esa manera desconocer la validez de una sanción que la inhabilita temporalmente para contratar con el Estado y para seguir participando en dicho mercado a pesar de haberse evidenciado todo un conjunto de circunstancias que, valoradas conjunta y razonadamente, llevaron a la convicción de que se trataba en realidad de la continuación de una empresa sancionada, conforme a los fundamentos extensa y pormenorizadamente expuestos en la resolución recurrida.

Cabe en ese sentido, precisar en primer lugar, que el hecho, que la Entidad que formuló la "denuncia" ante el Tribunal haya advertido una serie de elementos entre las empresas M & T Consulting Perú S.A.C. y M & T Corporation del Perú S.A.C., que precisamente la llevaron a advertir que la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. incurría en el impedimento previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, no es óbice para que el Tribunal realice una evaluación de tales elementos e incluso los contraste con otros elementos (cuya veracidad no ha sido negada por el propio Impugnante) precisamente para formarse convicción sobre aquello que es objeto de denuncia.

A Cabe recordar que para el inicio de un procedimiento sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado (y en general, ante toda autoridad administrativa y jurisdiccional encargada de la aplicación de sanciones), basta la existencia de indicios suficientes sobre la comisión de la infracción, lo que no desvirtúa sino más bien implica que durante el desarrollo del procedimiento se realicen las constataciones que sean necesarias para determinar, si se ha producido el hecho infractor imputado. Es más, precisamente la labor del órgano resolutorio es asegurarse que, más allá de los indicios que dieron lugar al inicio del procedimiento sancionador, existan los suficientes elementos de juicio para formarse convicción sobre la existencia de responsabilidad o la inexistencia de ella.

Así, carece de todo sentido que se pretenda cuestionar la validez de la resolución recurrida, por el hecho que en el escrito de "denuncia" que formuló la Superintendencia del Mercado de Valores no estén todos los elementos fácticos que, adicionalmente a los advertidos por dicha Entidad, fueron valorados por la Sala al emitirse la resolución recurrida, precisamente como resultado de la labor de evaluación y contrastación de los indicios que dieron origen al procedimiento, con otros elementos fácticos advertidos durante el trámite del mismo y que por cierto eran de pleno conocimiento del Impugnante (incluso han sido corroborados por el mismo administrado durante el procedimiento), conforme ha sido reconocido por



ella misma, como la fecha de la sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., la fecha de la fusión de ésta con la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C., y la presentación de propuesta por la empresa Impugnante en el proceso de selección, así como información pública registrada en el RNP y SUNAT.

Adviértase que el Impugnante no ha negado la veracidad de los elementos que fueron expuestos en la resolución recurrida ni el desconocimiento de los elementos que contribuyeron a formar convicción sobre que su representada era la continuidad de la empresa sancionada M & T Consulting Perú S.A.C., más allá de postular una interpretación propia de tales hechos, acusando al Tribunal de elaborar un razonamiento "prejuicioso, tendencioso y arbitrario" respecto a la valoración conjunta y razonada efectuada sobre los mismos.

Por cierto, se deben rechazar adjetivos como los expresados, pues más allá que el Impugnante no se encuentre de acuerdo con los fundamentos y sentido de la resolución recurrida (para lo cual, cuenta con los mecanismos procesales para cuestionarla), la motivación contenida en la mencionada resolución, detalla con precisión todos los elementos que, valorados conjunta y razonadamente por el Colegiado, lo llevaron a formarse convicción sobre la comisión de la infracción por parte del Impugnante, lo que puede ser corroborado de su lectura y revisión objetiva y desinteresada.

Cierto es también que el Impugnante no niega que los elementos fácticos considerados sean verdad (como que el señor Eric Morán fue socio fundador y Gerente General de la empresa M&T Consulting Perú S.A.C., que el Impugnante comparte actividades comerciales similares con aquella empresa, que ha presentado la facturación de la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. como parte de su oferta al proceso de selección, que la constitución de la empresa Impugnante se produjo a pocos días de producida la sanción a la empresa M&T Consulting Perú S.A.C., que tuvo conocimiento de la imposición de la sanción antes del inicio del proceso de fusión). La veracidad de tales hechos, por ende, se encuentra fuera de controversia, y los mismos han servido para corroborar los indicios que en su momento justificaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Asimismo, debe precisarse que la autoridad administrativa se encuentra en la obligación de realizar todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, los cuales, debían tener como finalidad el formar convicción sobre todos los elementos proporcionados por la Entidad que formuló su denuncia, así como aquellos proporcionados por el propio imputado y todo otro dato relevante, a fin de verificar la comisión de la infracción administrativa, resultando que todos estos elementos fueron expuestos en la resolución final, por lo que lejos de haber alguna afectación al debido procedo la exposición contenida en la resolución recurrida es expresión de este Colegiado del deber de fundamentar sus decisiones.

Téngase presente además que el administrado ahora Impugnante, desde su

## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

primera intervención en el procedimiento (escrito de descargo de fecha 12 de agosto de 2016 hasta en el mismo recurso que es objeto del presente pronunciamiento), tuvo perfecto conocimiento cuál era el documento cuya presunta inexactitud se le imputaba (Anexo N° 2, declaración jurada en la que manifestaba no tener impedimento para contratar con el Estado). Asimismo, también se puso en su conocimiento, el Informe N° 409-2016-SMV/08 de la Entidad, donde se detalla que la supuesta información inexacta consignada en el Anexo N° 2 se encontraba también relacionada con el impedimento contenido en el literal c) del artículo 248 del Reglamento.

Es por ello que, mediante escritos presentados el 12 de agosto y 3 de noviembre de 2016, el Impugnante presentó sus descargos, donde desde ya presentó sus argumentos, dirigidos a desvirtuar el encontrarse supuestamente incurrido en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, con lo cual se advierte que ejerció plenamente su derecho de defensa, lo que no se desvirtúa por el hecho que la autoridad administrativa haya concluido que sí incurría en dicho impedimento, en base a elementos fácticos que eran de su pleno conocimiento y cuya veracidad no ha sido negada, más allá de cuestionar la valoración que la Sala efectuó sobre los mismos.

En ese sentido, más allá de los cuestionamientos formulados por el Impugnante sobre los fundamentos de la resolución recurrida (que serán abordados a continuación), no existe mérito para declarar la nulidad de dicha resolución por el hecho que esta desarrolle una mayor y más completa evaluación que la realizada por Superintendencia del Mercado de Valores al formular su denuncia, pues esto es precisamente lo que correspondía efectuar al Tribunal como autoridad resolutoria. Así, conforme se desprende su mera lectura, la recurrida no hace más que expresar con claridad y detalle, todos los elementos fácticos, presentes en el expediente, en base a los cuales el Colegiado se formó convicción, al momento de emitirla, sobre la comisión de la infracción.


### Sobre los argumentos del recurso de reconsideración

6. En principio, cabe indicar que los recursos administrativos son mecanismos de revisión de actos administrativos<sup>6</sup>. En el caso específico de los recursos de reconsideración, lo que el administrado requiere es la revisión de la decisión ya adoptada, por parte de la misma autoridad que emitió el acto que impugna. Para tal efecto, el administrado somete a consideración de esa autoridad los nuevos elementos que considera atendibles y suficientes para revertir el sentido de la decisión adoptada.

<sup>6</sup> GUZMAN NAPURI, Christian. MANUAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Pacífico Editores, Lima, 2013. Pág. 605.

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

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

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

7. Con dicha finalidad, teniendo en consideración que la sanción primigeniamente impuesta obedeció a que el Impugnante presentó información inexacta en la oferta presentada en el procedimiento de selección convocado por la Entidad, corresponde verificar, si ha aportado nuevos elementos en su recurso que ameriten dejar sin efecto la recurrida.

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

8. Así, se tiene que en varios extremos del recurso, (así como lo hizo durante el trámite del procedimiento) el Impugnante refiere considerar que la adquisición de activos de una empresa sancionada o la fusión con ella, representa la oportunidad de una inversión rentable. Para el Impugnante, como ha reconocido más de una vez durante el procedimiento, la operación de fusión fue realizada por considerar una

<sup>7</sup> GORDILLO, Agustín. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS. 11ª edición. Buenos Aires, 2016. Tomo 4. Pág. 443.



## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

"oportunidad empresarial rentable" o una "inversión" absorber a una empresa sancionada.

No obstante, conforme se expuso en la recurrida, fueron muchos los elementos que llevaron a la Sala a formarse convicción sobre que la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C fue constituida exprofesamente para aprovechar la experiencia de una empresa sancionada y eludir la sanción impuesta a esta, tan solo días antes de la constitución de la empresa Impugnante.

Sin embargo, en el recurso, el Impugnante realiza afirmaciones que, lejos de desvirtuar dicha conclusión, la ratifican. Así, en el recurso se llega a reconocer: **"Lo cierto y real es que fue constituida con el objeto de llevar a cabo un Due Diligence a fin de determinar si era factible realizar una INVERSIÓN que resultase rentable a través de los activos y pasivos de la empresa sancionada."** Este reconocimiento, citado textualmente de las propias palabras del recurrente, corrobora que la constitución misma de la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C tuvo como objeto aprovechar la experiencia de la sancionada, que es precisamente lo que la recurrida concluyó de la valoración de todo un conjunto de elementos, expuestos con detalle en su fundamentación.

Conforme se expuso en el fundamento 37 de la resolución recurrida, la constitución de una persona jurídica, adecuadamente entendida, se da con la finalidad de desarrollar una actividad comercial, ganar reputación y experiencia, interactuar competitivamente tanto con los agentes privados como con los adquirentes estatales, y toda otra actuación que, en sana competencia con otras empresas, le permitan consolidarse como un proveedor de bienes y servicios en el mercado. De ninguna forma puede entenderse que la creación de una persona jurídica se da con la finalidad u objeto de "absorber" personas jurídicas inhabilitadas por el régimen de contratación pública, y que por ello implique que absorber una empresa sancionada signifique una oportunidad empresarial rentable.

Es más, en su recurso también reconoce que, desde la fecha de vigencia de la sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. (2 de noviembre de 2015) hasta la fecha del acuerdo de fusión (4 de febrero de 2016) transcurrieron más de 3 meses. Seguidamente reconoce que "durante esos más de 3 meses se estuvo evaluando el estado real (contable, financiero, reputación, personal, posición en el mercado, valor de la marca, estados financieros, etc.) de la empresa extinta así como su costo". En otras palabras, apenas entra en vigencia la sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., se empezó a analizar su situación y también de forma inmediata a la entrada en vigencia de dicha sanción, se constituyó la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. (constituida el día 11 de noviembre de 2015, es decir, a nueve (9) días calendario de la entrada en vigencia de la sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C.), con el objetivo reconocido de hacer un "due diligence" sobre la empresa sancionada como una posibilidad de inversión rentable.



Una vez más entonces se corrobora que el nacimiento mismo de la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. estuvo desde su gestación intrínsecamente vinculado a la entrada en vigencia de la sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., lo que fue corroborado no por una sola circunstancia aislada, sino por todo un cúmulo de circunstancias (detalladamente expuestas en la resolución recurrida) que, producto de la valoración conjunta y razonada de todas ellas, hicieron evidente que la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. es realmente una continuación de la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., y, como tal, incurre claramente en el impedimento previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento de la Ley. Y en el recurso, lejos de desvirtuar dicha conclusión, se comprueba que el objeto de la constitución misma de la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. estuvo determinado por la sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C.

Incluso se llega a reconocer que para llevar a cabo ese due diligence sobre la empresa sancionada era "necesario formalmente constituir una sociedad jurídica que actúe como absorbente". Resulta imposible pues para el recurrente pretender negar que la constitución de la sociedad jurídica absorbente estuvo originariamente condicionada por la imposición de la sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., lo que corrobora la conclusión arribada en la resolución recurrida y que sustenta su sentido: que la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. fue constituida exprofesamente para aprovechar la experiencia de una empresa sancionada y, mediante una figura como la fusión, eludir la sanción a dicha empresa.

Por cierto, en la resolución recurrida no se señaló, como refiere el Impugnante, que una fusión sea "sencilla" o que asegure rentabilidad. Lo que se expresó en la resolución recurrida (ver Fundamento 32) es que, de no existir un impedimento como el previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, resultaría sumamente sencillo eludir las consecuencias de una inhabilitación, mediante el uso de figuras como la fusión u otras formas de reorganización que, como se demostró en el presente caso, respondieron exprofesamente a una intención elusiva de las consecuencias de una sanción de treinta y seis (36) meses de inhabilitación para contratar con el Estado impuesta a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C.

El Impugnante hace referencia a otras fusiones (como las de: Lan con Latam, el Banco de Crédito con MiBanco, o Graña y Montero con Adexus Perú) como supuesto refuerzo de su pretensión impugnatoria. Sin embargo, tales referencias son totalmente impertinentes porque las circunstancias que en el presente caso llevaron a concluir que la fusión de las empresas M & T Consulting Perú S.A.C. (sancionada con treinta y seis (36) meses de inhabilitación desde el 2 de noviembre de 2015) y M & T Corporation del Perú S.A.C. (constituida el 11 de noviembre de 2015, es decir tan solo nueve días después de la sanción, para actuar como absorbente de la sancionada) daba lugar a la configuración del impedimento previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, no tiene relación alguna las fusiones de otras empresas a las que hace referencia el Impugnante.



## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

9. Por otro lado, el Impugnante también señala en su recurso que a partir del 4 de febrero de 2016 los activos de la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. pasaron a ser de propiedad de su representada, por lo cual no es correcto hablar que su empresa ha utilizado experiencia de la empresa extinta M&T Consulting Perú S.A.C., toda vez que a partir de tal fecha, esa experiencia fue su propiedad, al haber absorbido de igual forma todos los activos y pasivos de dicha empresa. Incluso refiere, en su escrito de fecha 2 de diciembre de 2016, haber utilizado esa experiencia en una contratación en Chile, presentando documentación sustentatoria al respecto.

Sobre el particular, conviene precisar que en los fundamentos 34, 35 y 37 de la recurrida se expuso claramente que un impedimento como el descrito en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, pretende evitar que las empresas sancionadas eludan las consecuencias de una inhabilitación, mediante la creación de personas jurídicas para aprovechar la experiencia de una sancionada y volver a contratar con el Estado bajo diferente razón social, eludiendo completamente los efectos de la sanción impuesta y burlando las razones de interés público que conllevaron a imponer la sanción inhabilitante. Así, se tuvo que el Impugnante presentó como parte de su oferta al procedimiento de selección, un total de 16 facturas, por un monto global de S/. 1'119,436.03 para acreditar la experiencia requerida, y todas esas facturas correspondían a servicios prestados por la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. Así, tal como se detalló; dicha presentación evidenció que el Impugnante fue constituido exprofesamente para aprovechar la experiencia de una empresa sancionada y eludir la sanción recaída días antes sobre esta última. El hecho de haber realizado una contratación en Chile no desvirtúa dicha consideración, aun cuando debe quedar claro que los efectos de la sanción impuesta por la resolución recurrida, se circunscriben al mercado de la contratación nacional.

Por lo tanto, considerando que el impedimento está dirigido que se prohíba que una empresa sancionada, mediante la utilización de figuras como la fusión, pueda seguir operando en el mercado de las contrataciones estatales, a través de otra que en realidad es su continuación, a pesar de haber recibido una sanción, se puede concluir que de igual forma, la experiencia obtenida por la empresa que ahora está extinta, no puede ser utilizada, permitiendo que la empresa que es su continuación continúe operando en el mercado de las compras públicas sobre la base de dicha experiencia, criterio que a su vez ha sido plasmado en la Opinión N° 119-2016 del 29 de marzo de 2016, donde se detalla que si bien la fusión es de naturaleza eminentemente económica, y la experiencia es un elemento que los proveedores pueden acreditar en los procedimientos de selección a efectos de contratar con el Estado, no resultan viable que una empresa resultante del proceso de fusión presente como suya la experiencia adquirida por las empresas absorbidas o incorporadas, cuando incurra en el supuesto del literal c) del artículo 248 del Reglamento.

10. Ahora bien, también se advierte que el Impugnante ha manifestado cuestionamientos al literal c) del artículo 248 del Reglamento, señalando que esta es una norma vacía o en blanco, por cuanto deja a criterio del juzgador efectuar un razonamiento o deducción que se aparta de lo legal, incumpliendo con el principio de tipicidad.

Al respecto, debe de señalarse que conforme se indicó en el fundamento 40 de la recurrida, los cuestionamientos de dicha clase no resultan ser pertinentes en esta vía, hecho que además el propio Impugnante reconoce.

Por lo tanto, atendiendo a que este Tribunal se encuentra en la obligación de dar cumplimiento a las normas de la materia, así como de fundamentar sus decisiones, se emitió la resolución impugnada.

Además, es de resaltar que a criterio de este Colegiado el impedimento previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento es suficientemente claro, pudiéndose perfectamente identificar a partir de este a los administrados que incurrir en él, lo cual es atribución y función, precisamente, del Tribunal de Contrataciones del Estado.

11. Por otro lado, el Impugnante también ha señalado que la correcta interpretación del literal c) del artículo 248 del Reglamento debe ceñirse para aquellas situaciones donde en la empresa que surge no se advierta variación en sus componentes esenciales con aquellos que tuvo la empresa sancionada, dentro de los cuales debe considerarse a las personas que integraron la estructura organizativa directiva de dicha empresa, es decir a quienes ostentan poder de decisión, como socios, accionistas, participaciones, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados y representantes legales. Entonces, para que se pruebe fehacientemente que una empresa sancionada continua siendo la misma luego de un proceso de fusión, postula que se debe demostrar que las nuevas personas que conforman la estructura organizativa directiva responden a los intereses de las personas de la estructura organizativa de la empresa sancionada, demostrando así que quienes integran la nueva sociedad no tiene un interés genuino.

Por otro lado, el Impugnante también cuestiona que se haya considerado como un elemento para efecto de determinar la continuación de una empresa sancionada, que el señor Eric Morán Añazco haya sido socio fundador de la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. así como de su representada; hecho que considera que no es relevante porque el señor Eric Morán Añazco dejó de ser socio de la empresa sancionada hace más de ocho años.

En vista que en el recurso se insiste en efectuar la evaluación aislada y no conjunta y razonada de los elementos que llevaron a la Sala a formarse convicción sobre la comisión de la infracción detectada en el presente caso, cabe reiterar aquí la síntesis

## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

de todos esos elementos (analizados aun con más detalle en la recurrida), no sin antes recordar que es el propio texto del literal c) del artículo 248 del Reglamento, el que proporciona criterios para descubrir que una persona jurídica constituye en realidad una continuación de una persona sancionada. Entre esas circunstancias atendibles se menciona precisamente a las personas que constituyen las empresas bajo análisis, lo que, aunado a otras circunstancias comprobables, pueden permitir advertir la configuración del impedimento, como ocurrió en el presente caso.

El Impugnante considera que no se ha acreditado fehacientemente el impedimento, sin embargo, la resolución recurrida (ver Fundamento 37) efectuó una descripción detallada de todos los elementos que permitieron a la Sala formarse dicha convicción, razonando a partir de la valoración conjunta de todos ellos que se incurrió en la infracción determinada:

- a) *La constitución del Postor se dio el 11 de noviembre de 2015, mientras que la sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. entró en vigencia el 3 de noviembre de 2015. Es decir, es decir entre la imposición de sanción a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. por parte de este Tribunal y la constitución societaria del Postor, solo se tiene un diferencia de ocho (8) días calendario.*
- b) *La fusión de la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. por parte de la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C., se dio de forma casi inmediata a la constitución de dicha sociedad, pues la constitución de aquella fue el 11 de noviembre de 2015 y la fusión se concretó mediante escritura pública del 21 de marzo de 2016, previamente acordada mediante sesión de junta de accionistas del 4 de febrero de 2016.*
- c) *Atendiendo a que las sanciones impuestas por parte de este Tribunal representan información pública, se advierte que el Postor tenía conocimiento de la sanción impuesta a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. mediante Resolución N° 2198-2015-TCE-S3, y ratificada por la Resolución N° 2497-2015-TCE-S3, hecho que además no fue negado por el Postor, toda vez que incluso como refirió por escrito y en audiencia pública, la imposición de dicha sanción ha sido vista por el Postor como una "oportunidad empresarial rentable".*

*Por cierto, de considerar viable la lógica postulada por el Postor como defensa de su posición, absolutamente todas las personas jurídicas que son sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado podrían perfectamente eludir sus sanciones (y con ello, toda la acción del Estado desplegada para reprimir inconductas que afectan gravemente el mercado de la contratación estatal) si unos días después de la sanción, se constituye otra persona jurídica y la absorbe inmediatamente, como ha ocurrido en el presente caso.*



*La constitución de una persona jurídica, adecuadamente entendida, se da con la finalidad de desarrollar una actividad comercial, ganar reputación y experiencia, interactuar competitivamente tanto con los agentes privados como con los adquirentes estatales, y toda otra actuación que, en sana competencia con otras empresas, le permitan consolidarse como un proveedor de bienes y servicios en el mercado. De ninguna forma puede entenderse que la creación de una persona jurídica se da con la finalidad de "absorber" personas jurídicas inhabilitadas por el régimen de contratación pública, para utilizar su experiencia nada menos que en procedimientos de contratación pública. Entenderlo así, representa un absoluto despropósito para dicho régimen. Y precisamente la norma contenida en el literal c) del artículo 248 del Reglamento está específicamente dirigido a evitar que, mediante figuras como la fusión u otras formas de reorganización societaria, se fomente la elusión de las sanciones.*

- A*
- d) *Asimismo, se advierte que entre ambas empresas existieron afinidades y vínculos comerciales evidentes. Adviértase que la propia normatividad proporciona un elemento a tener en cuenta para advertir si una persona es continuación o derivación de otra que está impedida: las personas que las representan o constituyen.*

*En el presente caso, es un hecho evidente que el señor Eric Morán Añazco fue socio fundador en ambas empresas, además de Gerente General en ambas.*

*La afinidad y vínculo es tan evidente que incluso de forma absolutamente inmediata, apenas entró en vigencia la sanción impuesta a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C., esto a los ocho (8) días, ya estaba constituida la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C., y en menos de dos (2) meses después ya estaba acordada la fusión entre ambas.*

- e) *De la revisión del SEACE, puede apreciarse que tanto la empresa absorbida como la absorbente se dedican a las mismas actividades comerciales, las cuales están referidas a servicios de consulta de la informática, desarrollo de aplicación del cliente internet /intranet, entre los que cabe también el desarrollo de software, seguridad de ordenadores, redes e internet, entre otros.*
- f) *El Postor con razón de su participación en el procedimiento de selección, presentó como parte de su oferta técnica, la experiencia referida a la empresa M & T Consulting Perú S.A.C. (empresa sancionada), pretendiendo utilizar la misma a fin de acreditar la experiencia requerida en el procedimiento, tal como se aprecia de los documentos que presentó en*

## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

*folios 46 a 79º de su oferta, apreciándose que dicha experiencia fue utilizada a fin de obtener un beneficio directo para el Postor.*

Por cierto, la resolución recurrida en ningún momento ha señalado que la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C. es idéntica a la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. Es obvio que una empresa constituida para eludir los efectos de una sanción difícilmente procurará evidenciar públicamente su intención elusiva. Pero el impedimento previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento no condiciona la configuración del impedimento a que se produzca una identidad absoluta, sino a que se pueda determinar, a partir de circunstancias comprobables (como las que se evidenciaron en el presente caso) que una persona es continuación, derivación, sucesión o testamento de otra impedida, independientemente de que se haya usado una figura como la fusión (también evidenciada en el presente caso). De manera que los argumentos del recurso dirigidos a resaltar las diferencias entre las empresas analizadas<sup>9</sup> (M & T Corporation del Perú S.A.C. y M&T Consulting Perú S.A.C.) no desvirtúan las circunstancias que permitieron descubrir la vinculación entre ellas y que finalmente sustentaron el sentido de la decisión contenida en la resolución recurrida.

Es más, conforme se ha expuesto líneas arriba, en el propio recurso de reconsideración el Impugnante ha revelado la vinculación de origen existente entre la sanción impuesta a la empresa M&T Consulting Perú S.A.C. y el objeto de la constitución de la empresa M & T Corporation del Perú S.A.C., incluso dejando saber que la realización del due diligencie sobre la empresa sancionada requería "formalmente, constituir una sociedad jurídica que actúe como absorbente".

Por cierto, la relevancia de haber considerado que el señor Eric Morán Añazco haya sido socio fundador en ambas empresas, no se da como fruto de un análisis aislado de dicha circunstancia, pues como se expone con claridad en la resolución recurrida, ese fue un elemento más que, aunado a todos los demás elementos concurrentes, acreditados fehacientemente y valorados razonadamente en la recurrida, permitieron concluir en la configuración del impedimento contenido en el literal c) del artículo 248 del Reglamento.

- 12.** El Impugnante además señala que el Tribunal ha realizado un análisis "prejuicioso" de las condiciones que vinculan a su representada con la empresa sancionada, afirmando hechos y omitiendo otros, como son que entre la constitución de su empresa y la fusión hubo un lapso de tres meses, que la razón de dicha fusión respondió a un "inversión" en la compra de activos y no con la intención de eludir una sanción, que si bien el señor Eric Morán Añazco fue socio fundador y Gerente


<sup>8</sup> Los cuales obran en fs. 316 a 359 del expediente administrativo.

<sup>9</sup> Como por ejemplo que las razones sociales "M & T Corporation del Perú S.A.C." y "M&T Consulting Perú S.A.C." no son totalmente idénticas, o que los objetos sociales en las escrituras de constitución tampoco son idénticas (aunque en el mismo recurso reconoce que son actividades similares y que pertenecen al mismo rubro).

General de la empresa sancionada, dejó de serlo en los años 2008 y 2009, respectivamente, no manteniendo lazos de interés con tal empresa, y finalmente que no existe criterio o interpretación sentada a fin de establecer el impedimento determinado sino que el análisis se basa en una serie de especulaciones formadas en criterio propio.

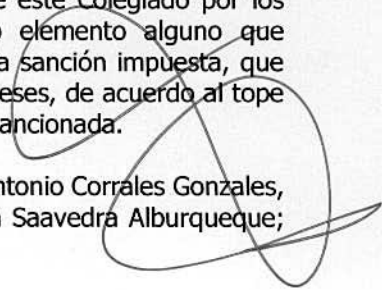

Sobre ello, conviene precisar que el impedimento establecido por el literal c) del artículo 248 del Reglamento, no implica necesariamente que la persona jurídica con la que se pretenda eludir la sanción a una empresa inhabilitada, sea absolutamente idéntica a esta (lo cual además sería improbable e ilógico, si se considera que se trata de estrategias elusivas). Pero el hecho que dos personas jurídicas no sean idénticas, no impide descubrir, a partir de circunstancias comprobables, que una persona es realmente la continuación (o derivación, sucesión o testafierro) de otra impedida, como se descubrió en el presente caso a partir de las circunstancias expuestas en la recurrida.

Lo que dicho impedimento pretende restringir (asignándole al Tribunal la tarea de evaluar caso por caso si se configura) es que se utilice estas figuras legales para evadir sanciones impuestas, legitimando a la autoridad administrativa a advertir la existencia de circunstancias que revelen que una empresa es continuación, realmente, de otra sancionada, aun cuando existan algunas diferencias entre estas.

 En el presente caso, todas las evidencias concurrentes que fueron expuestas en la resolución recurrida y que no han sido desvirtuadas con el recurso, generaron convicción en este Colegiado que el Impugnante es continuación de la empresa M&T Consulting Perú S.A.C.; máxime si ninguna de estas evidencias concurrentes que determinaron tal continuación, es negada por las diferencias alegadas en el recurso de reconsideración por parte del Impugnante (tales como las diferencias de detalle en las razones sociales de dichas empresas o en sus objetos sociales).

13. Asimismo, no puede dejarse además de considerar que infracciones como la aquí detectada, atentan contra el principio de presunción de veracidad, suponiendo siempre esté tipo de infracción, una grave afectación al régimen de contratación pública.
14. Estando a lo anterior, el Impugnante no ha revertido los fundamentos que determinaron la imposición de sanción en su contra; sanción que, además, resulta ser absolutamente razonable y proporcional a criterio de este Colegiado por los fundamentos expuestos, no habiéndose proporcionado elemento alguno que permita desvirtuar su comisión o atenuar el periodo de la sanción impuesta, que incluso pudo haber llegado hasta los treinta y seis (36) meses, de acuerdo al tope máximo de sanción aplicable para la conducta infractora sancionada.

Por estos fundamentos, con el informe del Vocal Ponente Antonio Corrales Gonzales, y la intervención de los Vocales Mario Arteaga Zegarra y Paola Saavedra Alburqueque;





PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor  
de las Contrataciones  
del Estado

Tribunal de Contratación  
del Estado



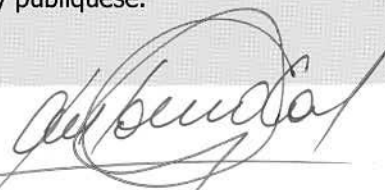
## Resolución N° 2992-2016-TCE-S4

atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 027-2016-OSCE/PRE del 13 de enero de 2016, y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, y Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus respectivas modificatorias, así como los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, y modificado por Decreto Supremo N° 006-2014-EF; analizados los antecedentes, y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;


### LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa **M & T CORPORATION DEL PERU S.A.C.**, con **RUC N° 20600832574**, contra la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016, que determinó su responsabilidad por la presentación de información inexacta y le impuso sanción administrativa de inhabilitación en sus derechos, la cual se confirma en su totalidad, por los fundamentos expuestos.
2. Ejecutar la garantía presentada por el Impugnante para la interposición de su recurso de reconsideración.
3. Disponer que la Secretaría del Tribunal registre lo dispuesto en la presente a través del módulo informático correspondiente.
4. Con la presente resolución se agota la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



**PRESIDENTE**



**VOCAL**



**VOCAL**

SS.  
Corrales Gonzales  
Arteaga Zegarra  
Saavedra Alburqueque

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

