

**N° 26.153 Fecha: 07-V-2012**

La Dirección de Compras y Contratación Pública ha consultado si en el caso de fusión de sociedades anónimas, se transmite a la sociedad absorbente, tanto la inhabilidad para contratar con la Administración que tienen las sociedades que han sido condenadas por prácticas antisindicales o por infracción a los derechos fundamentales del trabajador, como también, la que afecta a los administradores, directores o quienes usan la razón social de aquéllas, a raíz de una condena por este tipo de prácticas aplicada a Watt's S.A., que posteriormente fue absorbida por Alimentos Watt's S.A.

Sostiene que la inhabilidad de la sociedad que se absorbe es transmisible en virtud del principio general de buena fe y para evitar fraudes a la ley, pues, de lo contrario, la fusión sería un medio para eludir la correspondiente responsabilidad y la prohibición de contratar con la Administración, añadiendo que, en cambio, no existen razones para extender a la sociedad absorbente la inhabilidad, por el hecho de incorporar, o mantener, al administrador, director o quien haya detentado o detente la administración de una sociedad sancionada por las conductas mencionadas precedentemente.

Por su parte, la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante, Cenabast, solicita un pronunciamiento acerca de la validez de los contratos destinados a adquirir productos lácteos para los beneficiarios que indica, celebrados con Watt's S.A., cuando ésta, pese a haber sido sancionada por prácticas antisindicales, seguía inscrita en el Registro de Proveedores administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Al respecto, cabe consignar que el inciso primero del artículo 99 de la ley N° 18.046, Sobre Sociedades Anónimas, dispone que la fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados, en tanto, sus incisos segundo y tercero, agregan que hay "fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye", y "fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos", de manera que las sociedades fusionadas o absorbidas -según se trate de una fusión por creación o por incorporación, respectivamente-, se disuelven, quedando la totalidad de sus patrimonios bajo la titularidad de una nueva sociedad o de una ya existente.

Enseguida, es útil tener presente que el artículo 109 del referido texto legal previene que la sociedad anónima disuelta subsiste como persona jurídica para los efectos de su liquidación, pero que en virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del mencionado artículo 99, en los casos de fusión, no procede la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas.

De esta forma, en la fusión se disuelven las sociedades fusionadas o las absorbidas, tratándose de fusión por creación o por incorporación, respectivamente, extinguiéndose, además, la personalidad jurídica de tales entidades.

Establecido lo anterior, y en cuanto a la posible transmisibilidad de las inhabilidades de la especie, es necesario considerar que el artículo 4° de la ley N° 19.886, que señala los requisitos para contratar con la Administración, dispone además que "quedarán excluidos quienes, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la

convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años.”.

Como es posible advertir, y de conformidad al criterio sostenido en el dictamen N° 60.709, de 2008, la inhabilidad que afecta a las sociedades condenadas por las conductas descritas, constituye una restricción al principio de la libre concurrencia, consignado en el artículo 9° de la ley N° 18.575, al prohibir la participación de esas entidades en los procedimientos licitatorios y en la suscripción de contratos con la Administración, por lo que no resulta procedente hacerla extensiva a hipótesis o situaciones no previstas en la norma jurídica que la establece.

En concordancia con lo expresado, cabe recordar que las disposiciones que contemplan inhabilidades o prohibiciones -como el referido artículo 4° de la ley N° 19.886-, son de derecho estricto, de interpretación restrictiva y no pueden, por tanto, extenderse más allá de sus términos (aplica dictámenes N°s. 20.950, de 2002; 59.709, de 2008 y 8.025, de 2010, entre otros).

Por lo tanto, si el aludido precepto establece la inhabilidad para quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales o por infracción a los derechos fundamentales del trabajador -en la especie, Watt´s S.A.-, sin referirse expresamente a la transmisión de los respectivos impedimentos en el caso de fusión, no corresponde extender la referida prohibición desde las sociedades fusionadas a la creada, en la fusión por creación, ni desde las absorbidas a las absorbentes, en la fusión por incorporación.

Atendido lo expuesto, es posible concluir que la inhabilidad para participar en licitaciones o para suscribir convenios con la Administración, que atañe a una sociedad anónima, no se transmite en caso de fusión de ésta.

Precisado lo anterior, cumple hacer presente que el artículo 92 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda -que aprueba el reglamento de la ley N° 19.886-, establece que estarán inhabilitados para inscribirse en el Registro de Proveedores, los que se encuentren en alguna de las circunstancias que allí se enumeran, entre ellas, la mencionada en su N° 7, que consiste en haber sido condenado por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores, siendo pertinente manifestar que el inciso final de la aludida disposición preceptúa que la inhabilidad para inscribirse de la sociedad afectará también a sus administradores -tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, incluidas las empresas individuales, así como las colectivas y en comandita-, a sus directores -en el caso de las sociedades anónimas-, y a todos quienes tengan el uso de la razón social en las entidades antes indicadas.

Sobre el particular, cabe señalar que, por las mismas razones detalladas en relación con la inhabilidad para intervenir en los procedimientos licitatorios y para contratar con el Estado, la prohibición de inscribirse en el aludido registro que atañe a las sociedades anónimas, a sus directores y a las personas a las que corresponde el uso de la razón social, no se transmite a la sociedad creada ni a la absorbente, según se trate de fusión por creación o por incorporación, respectivamente.

En otro orden de ideas, corresponde analizar la consulta formulada por la Cenabast acerca de la validez de los contratos destinados a adquirir productos lácteos para ciertos beneficiarios, celebrados entre ese organismo y Watt´s S.A., cuando ésta ya había sido sancionada por prácticas

antisindicales, y pese a ello, figuraba en el Registro de Proveedores, convenios que estaría ejecutando la sociedad absorbente en virtud de la fusión ya realizada.

Al respecto, es necesario recordar que, como se ha visto, el artículo 4° de la ley N° 19.886 dispone que no podrán contratar con la Administración, quienes "al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años."

De esta forma, la inhabilidad para contratar se configura cuando la referida condena se presenta en las oportunidades que para cada procedimiento de contratación señala la ley.

Por lo tanto, si una sociedad ha sido condenada por estas conductas después de la presentación de la oferta o de la formulación de la propuesta, tratándose de licitaciones públicas o privadas, respectivamente, está habilitada para celebrar los contratos derivados de esos procesos concursales, pues no tiene el impedimento en el momento exigido por la ley, no obstante, quedará sujeta a la prohibición de participar en nuevas licitaciones públicas y privadas, así como de suscribir contratos por trato directo, en los términos previstos en el citado artículo 4°.

Por consiguiente, la Dirección de Compras y Contratación Pública, deberá dejar sin efecto la inscripción de esta sociedad en el Registro de Proveedores, por afectarle una inhabilidad sobreviniente para inscribirse en él, conforme a lo previsto en los artículos 93 y 92, inciso primero, N° 7, del reglamento de la ley N° 19.886.

En cambio, si la referida condena existe al momento de la suscripción de un convenio por trato directo, esto es, en la oportunidad señalada por la ley para esta modalidad de contratación, la sociedad de que se trate no podrá contratar con la Administración.

Atendido lo expuesto, cumple concluir que si Watt's S.A. fue condenada por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores, después de la presentación de la respectiva oferta o formulación de la correspondiente propuesta, según se trate de licitación pública o privada, estaba habilitada para celebrar los contratos provenientes de estos procesos concursales, en tanto, si la condena ya existía en las dos oportunidades antes indicadas o al momento de la suscripción de los convenios originados en tratos directos, se encontraba impedida para contratar con la Cenabast.

Finalmente, es dable expresar que los actos aprobatorios de aquellos convenios que fueron celebrados cuando Watt's estaba afecta a la inhabilidad para contratar y cuyas obligaciones están cumplidas o en ejecución, no pueden ser dejados sin efecto para así no perjudicar a los terceros que actuaron de buena fe, ni tampoco alterar las situaciones jurídicas creadas que alcanzan a quienes se han conducido con el convencimiento de que determinado acto se ajustaba al ordenamiento vigente (aplica criterio de los dictámenes N°s. 35.033, de 2004; 7.371 y 38.102, de 2009 y 57.284, de 2010).

Ramiro Mendoza Zúñiga  
Contralor General de la República