

N° 44.460 Fecha: 05-VIII-2010

Se ha dirigido a esta Contraloría General don Pablo Soto Delgado, en representación de Eluchans y Cía. Sociedad Civil de Profesionales de Responsabilidad Limitada, solicitando un pronunciamiento acerca del alcance del artículo 38 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en cuanto a la posibilidad de comunicar la experiencia adquirida en licitaciones públicas, desde la agencia de una sociedad anónima extranjera a una sociedad filial, a la cual se le transferirá el patrimonio, los trabajadores y el objeto de la primera entidad.

Los ocurrentes sostienen que el criterio de la Dirección de Compras y Contratación Pública de prohibir el traspaso de experiencia, vulneraría el principio de legalidad y la competencia de dicho organismo, además de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, libertad económica, no discriminación arbitraria, propiedad, y protección de la esencia de los derechos, consagradas en los N°s. 2, 21, 22, 24 y 26, del artículo 19, de la Constitución Política de la República, respectivamente.

Solicitado su informe, la referida Dirección manifiesta que no es posible la mencionada comunicabilidad, por cuanto, la agencia y la filial son dos personas jurídicas distintas y porque la experiencia es un elemento subjetivo, según se aprecia de los conceptos dados por la Real Academia de la Lengua aplicables al caso, que la definen como "A.- Práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo; B.- Conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas; C.- Circunstancia o acontecimiento vivido por una persona."

Sin perjuicio de lo anterior, agrega dicho organismo, la transferencia sería posible en dos casos: desde la sociedad matriz a una agencia -dado que se trata de una misma persona-, o cuando las bases de una licitación permiten expresamente que la experiencia sea la propia o la de un tercero.

En relación con la materia, cabe indicar que el artículo 38 del aludido decreto N° 250, señala que la experiencia es uno de los criterios técnicos o económicos que pueden ser considerados por las entidades licitantes para evaluar de la forma más objetiva posible las ofertas recibidas, en tanto que, el N° 22 del artículo 2, define al oferente como el "Proveedor que participa en un Proceso de Compras, presentando una oferta o cotización.", y el N° 25 del mismo precepto, agrega que el proveedor es la "Persona natural o jurídica, chilena o extranjera, o agrupación de las mismas, que puedan proporcionar bienes y/o servicios a las Entidades."

En este contexto, es pertinente expresar que la ley N° 19.886 y su reglamento no contemplan normas que consideren como experiencia del contratista, la del equipo gestor, la del personal profesional, o la de las sociedades que lo integran.

En cuanto a la regulación de las sociedades por las que se consulta, la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, en su artículo 1°, establece que este tipo de sociedad es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.

A su turno, el inciso primero del artículo 86 de la citada ley dispone que "Es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o

a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores.”.

A continuación, cabe añadir que los artículos 121, 122 y 124 de ese texto legal, indican las solemnidades que deberán cumplir las agencias de las sociedades anónimas extranjeras - protocolización, escritura pública, inscripción y publicación-, disponiendo el primero de estos preceptos que para que una sociedad de este tipo pueda constituir agencia en Chile, su agente o representante deberá protocolizar en una notaría ciertos documentos emanados del país en que se haya constituido, debidamente legalizados, dentro de los cuales se encuentra el poder general otorgado por la sociedad al agente que ha de representarla en el país, en el que consten la personería del mandante y se exprese en forma clara y precisa, que el agente obra en Chile bajo la responsabilidad directa de la sociedad, con amplias facultades para ejecutar operaciones en su nombre y en que se le otorgan expresamente las facultades a que se refiere el inciso segundo del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil.

Precisado lo anterior, es posible concluir que la sociedad filial de una sociedad anónima es una persona jurídica distinta de esta última y que su denominación obedece al control que ejerce la matriz sobre la mayoría de su capital o a la posibilidad de elegir a la mayor parte de sus directores o administradores.

Por su parte, cumple manifestar que la agencia de una sociedad anónima extranjera es la representante de dicha sociedad en Chile pues, como se anotó, el agente obra en el país bajo la responsabilidad directa de la sociedad y con amplias facultades para ejecutar operaciones en su nombre, de lo cual se infiere, que la experiencia en licitaciones que pueda tener una agencia, corresponde en realidad, a la de su respectiva sociedad anónima extranjera.

En consecuencia, las entidades licitantes podrán considerar como experiencia del oferente - además de la propia-, la de su equipo gestor, la de su personal profesional, o la de las sociedades que la integran, si las disposiciones de las respectivas bases de licitación así lo permiten, y siempre que éstas se ajusten a derecho, circunstancia que será analizada por esta Entidad Fiscalizadora, en el caso particular que se someta a su consideración.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor General de la República