

**Ref. El acto de la fusión de dos o más sociedades no incide en las licitaciones ni en los contratos estatales en que una varias de las sociedades involucradas hayan tenido o tengan participación.**

Se recibió su escrito radicado en este Despacho con el número 343,149-1, por medio del cual refiriéndose a la Ley 80 de 1.993, pregunta sobre la suerte de los contratos cuando una sociedad se fusiona, proyectando un serie de interrogantes en torno al tema, los cuales se permite el Despacho responder en el mismo orden de su planteamiento.

**a. "Si la sociedad nueva requiere una antigüedad de seis meses para poder licitar"**

Sobre este aspecto le manifestamos que, anteriormente, el Decreto 222 de 1.983, antigua legislación de contratación administrativa, sí establecía que toda persona jurídica - nacional o extranjera - para poder aspirar a contratar con entidades públicas debía acreditar una constitución que antecediera, al menos en 6 meses la fecha de la respectiva licitación o celebración del contrato. En todo caso, la duración de la entidad contratista debía ser, por lo menos, equivalente a la del contrato proyectado y un año más. Por su parte la Ley 80 de 1.993, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación modifica la exigencia de los 6 meses, conservando del régimen anterior la condición de la duración de las personas nacionales o extranjeras, en un término igual por lo menos a la duración del contrato y un año más.

Ahora, una obligación que no está demás comentar, es la que se encuentra consagrada en el artículo 22 de la Ley 80, la cual cobra vital importancia si se tiene en cuenta que las entidades estatales pueden documentarse sobre ciertos detalles importantes respecto de las personas con las cuales aspiran celebrar algún tipo de contrato administrativo, pues a través de éste es posible conocer, entre otros, su experiencia, oportunidad en la ejecución de otros contratos, antigüedad tratándose de personas jurídicas etc. Pues bien, dicha obligación es la referida al **registro de proponentes** ante la Cámara de Comercio, la cual aplica respecto de todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contrato de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, quienes tendrán que hacerlo en su jurisdicción; de todas maneras, la información que se recepcione será la que determine el gobierno Nacional, quien adoptará un formulario único para tal efecto y determinará los documentos estrictamente necesarios que las cámaras de comercio podrán exigir para realizar dicha inscripción.

Este registro será público, a efecto de que cualquier persona pueda acceder a certificaciones sobre las inscripciones y clasificaciones que contenga, Vr. Gr. , experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipo, información que debe ser actualizada en la forma prevista en el mismo artículo. Ahora, en lo que a las personas extranjeras se refiere, deberán acreditar el registro correspondiente en el país donde tiene su domicilio principal, así como el cumplimiento de los demás requisitos a que se hace mención en el citado artículo; como puede observarse, esta información resulta ser mucho más valiosa, pues no solamente permite conocer la antigüedad de las empresas, por ejemplo, sino puntuales aspectos que brindan un mayor conocimiento sobre los aspirantes o eventuales contratistas, que son determinantes al momento de la adjudicación de un contrato.

**b. "Si los contratos o licitaciones en los que interviene la sociedad fusionada se ven alterados"**

Para responder este interrogante que de acuerdo con el artículo 172 del Código de Comercio, la fusión se da, cuando dos o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o crear una nueva. Formalizado el acuerdo de fusión la sociedad absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos de la nueva sociedad o sociedades disueltas.

En cualquiera de los dos casos, (el de la sociedad incorporante o en el de la formación de un nuevo ente) la sociedad que resulte de la fusión adquiere el patrimonio de la sociedad absorbida. Este fenómeno jurídico que implica una reforma estatutaria, tiene una importancia innegable, ya que sirve de herramienta para adaptar la compañía para competir en el mercado, logrando mediante ese mecanismo ganar mayor tamaño y poder económico para desarrollar una economía de mayor escala.

En este orden de ideas vemos que si mediante este mecanismo se busca fortalecer las empresas, es lógico que este robustecimiento brinda todas las garantías en cuanto al cumplimiento del compromiso adquirido o por adquirir, a más de que, si bien el responsable puede cambiar de identidad, no lo es menos que previamente a la formalización de la fusión, los acreedores han tenido la oportunidad de conocer el proyecto interregno en el cual pueden exigir las garantías satisfactorias y suficientes, con miras a asegurar las mejores condiciones para la ejecución del contrato sin perder de vista el principio de responsabilidad que a los servidores públicos les asiste en

virtud de lo dispuesto en el numeral 1º. del artículo 26 de la Ley 80 del 93, donde se establece la obligación para éstos de buscar el cumplimiento de los fines de contratación, así como también de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado.

Igualmente resulta importante traer a colación el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 que establece dentro de sus innovaciones, "**la garantía única**", en virtud de la cual el contratista deberá avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. Estas garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias, concebida como un mecanismo de economía procesal.

En los anteriores términos no vemos cómo podrían verse afectados los contratos, pues de un lado, la fusión es una figura jurídica importante en razón al fortalecimiento económico que su realización implica, y supone un proceso legal que ampara los derechos de los socios y de los terceros y del otro, las garantías que se constituyen a la suscripción de un contrato con el Estado, resultan ser suficientes para brindar la seguridad requerida frente a este tipo de contratación.

Lo mismo puede predicarse en lo que a las licitaciones se refiere, pues basta que quien licite ante una entidad estatal se ciña a los términos que la misma le demande, y si en el interregno se llegare a efectuar una fusión, y la entidad pública eligiera a la sociedad involucrada en la misma para la adjudicación de un contrato en razón a las condiciones ofrecidas, dicha licitación de ninguna manera podría verse afectada, pues ha de entenderse según el significado de la fusión, que, si por ejemplo, la sociedad A, absorbe a la sociedad B. esta última adjudicataria de un contrato, la primera, deberá acogerse en estricto sentido a los términos en que aquella hubiese licitado, pues como se expuso anteriormente, la sociedad resultado de la fusión, entra a responder en las mismas condiciones de la otra sociedad, esto es, que, en cuanto a las obligaciones contraídas pasa a responder en idéntica forma en que se comprometió la sociedad absorbida, pues en cuanto a las obligaciones con terceros no hay solución de continuidad.

Por su parte, la administración debe estarse a la mejor opción, esto es, la más favorable y conveniente al desarrollo del contrato que se proyecta, pues como ya se expuso, la nueva sociedad o la absorbente, deberán ejecutar el contrato en las condiciones propuestas al momento de licitar la sociedad absorbida (proponente); además que, según los términos del artículo 175 del Código de Comercio, las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías, subsistirán solamente respecto de la sociedad absorbente, de donde no cabe duda, se reitera, que a la sociedad resultante de la fusión debe estarse a los términos de la licitación que antaño presentara la sociedad absorbida.

También es importante resaltar, que nada se opone a que una sociedad que se encuentre proyectado una fusión, pueda simultáneamente presentar una licitación ante una entidad estatal, pues ésta no puede quedar amarrada a una eventual adjudicación de un contrato, y después de definido, con ella o con otra sociedad, empezar a estudiar la conveniencia de una fusión, al punto que pueda verse perjudicado o afectado su desarrollo económico; tampoco pueden las entidades administrativas oponerse a este tipo de actos por parte de las empresas que se encuentren licitando, y, so pretexto de dicha proyección, negar la adjudicación de un contrato

c) "Como quiera que en la fusión las sociedades se disuelven sin liquidarse, qué pasa con los contratos y licitaciones que están en curso"

Con la respuesta proyectada en el literal anterior, consideramos, queda respondida la presente inquietud.

d. "Por cuanto la fusión es algo previsible, es válida la contratación que se efectúe bajo las modalidades de consorcio o unión temporal"

Independientemente de lo previsible que pueda ser la fusión, se considera que es perfectamente viable la contratación bajo cualquiera de las dos modalidades, teniendo en cuenta que la actividad económica y la iniciativa privada en este país son libres, siempre y cuando se encuentren dentro de los límites del bien común, a más de que, para su ejercicio, nadie puede exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

La empresa, como base de desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, por lo que el Estado debe fortalecer las organizaciones solidarias y estimular el desarrollo empresarial; en otras palabras, debe abstenerse de obstruir o se restringe la libertad económica así como evitar y controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Así mismo, el Estatuto General de Contratación (ley 80 de 1993) prevé en su artículo 6º., que, "Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales..."

Dicho estatuto le define al consorcio como aquel en el cual dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo en forma solidaria de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presentan en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectan a todos los miembros que lo conforman.

A los consorcios se les suele asimilar a la figura del "**Joint Venture**" del Derecho norteamericano o al "**Partnership**" de los ingleses, y no pocos al de una sociedad de hecho por las informalidades que rodean su organización jurídica.

En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en el mundo del derecho, y si bien la habilitación se vincula con la noción de persona, no es requisito ser tal para disponer de capacidad jurídica.

Con lo dicho, se concluye que la Ley 80 les reconoce capacidad jurídica a pesar de no exigirles como condición de su ejercicio ser personas morales, al permitirle a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Con lo anteriormente descrito se pone de presente, que en efecto es viable contratar bajo las dos modalidades, aún bajo la inminencia o incertidumbre de una fusión entre las involucradas en el consorcio o en la unión temporal, queriendo decir que de ejecutarse la operación durante la licitación o la ejecución misma del contrato, necesariamente desaparecería, valga la redundancia, el consorcio o unión temporal, dándole paso a la sociedad absorbente o a la nueva sociedad, quien sería la llamada a responder por las obligaciones contraídas por ella y las absorbidas, y, desde luego, en idénticos términos a los prometidos en el pliego de la licitación o en el contrato suscrito bajo la otra modalidad, pues como ya se había expresado a lo largo del presente oficio, la absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y las obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, advirtiéndole que el alcance de la misma es el previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

