

Legal |  
Opinión | Artículo 1 de 2

# Transmisibilidad del historial de cumplimiento de las personas jurídicas

"...El verdadero desafío surge cuando se equipara la naturaleza de las personas jurídicas con la de las personas naturales, desconociendo las particularidades que presenta su existencia y funcionamiento, generando un verdadero reto para evitar, por una parte, su elusión, y, por la otra, los perjuicios que puede generar respecto de terceros que —en principio— podrían no merecer sufrir las consecuencias de los actos ejecutados por otros en el pasado..."

Viernes, 4 de octubre de 2024 a las 18:46



José Santos Ossa

Jaime Henríquez



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

José Santos Ossa y Jaime Henríquez

El próximo 12 de diciembre entrará en vigencia la tan esperada Ley 21.634 (que moderniza la Ley N°19.886, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado), que tal como su nombre lo indica, busca —entre otros temas— actualizar el sistema de compras públicas extendiendo su aplicabilidad, reconociendo nuevos mecanismos de contratación y fortaleciendo el Tribunal de Contratación Pública. Sin perjuicio de tales aspectos, los que desde ya han sido reconocidos como materias que merecen ser estudiadas con particular celo, considerando los cambios que conllevan para el sistema en general, hemos identificado un elemento innovador que, a contar de la fecha indicada, contará con consagración legal y que consideramos particularmente relevante revisar.

Al respecto, la nueva normativa crea un Registro de Proveedores —reemplazando el Registro de Contratistas de la Administración—, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, en el que se inscribirán todas las personas naturales y jurídicas, chilenas y extranjeras, que pretendan suscribir un acuerdo con los organismos sometidos a esta ley. Esto, a primera vista, podría no parecer muy radical, considerando la existencia del registro previo, sin embargo, conforme a lo establecido en el nuevo artículo 16, en este registro también se dejará constancia de los incumplimientos contractuales de cada proveedor, de las sanciones que se hayan impuesto en procesos previos y las inhabilidades que los afecten para su

participación en futuros procesos de compras.

Cabe señalar que en el ámbito de compras públicas el historial de incumplimiento y sanciones ya tenía un reconocimiento tanto legal (a propósito de las inhabilidades contempladas en la propia Ley N° 19.886) como administrativo (como ocurre con las bases de la Central de Abastecimientos de los servicios de salud “Cenabast” —Res. 87/2022—, en las que se reconoce un catálogo de sanciones históricas para la deducción de puntajes dentro de nuevos procesos de compras). No obstante, la creación del referido registro, el que además será público, marca un hito que repercutirá en la participación de los oferentes dentro de los procesos de compras en general, ya que deberá ser considerado de manera transversal a la hora de evaluar las ofertas que serán recibidas por los organismos del Estado.

En efecto, con la implementación de esta nueva normativa, es indiscutible que el historial de cumplimiento jugará un rol crucial dentro del sistema de contratación pública, toda vez que en base a los antecedentes que consten en este se evaluarán las ofertas de los proveedores y será posible, en caso de existir un historial negativo, disminuir la puntuación que finalmente sea asignada a los proveedores dentro de los procesos licitatorios.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con una persona natural en la que no existe la facilidad jurídica para poner término a su existencia y transformarla en una nueva, respecto de las personas jurídicas surge la interrogante de cómo podemos asegurar un adecuado registro e implementación de este historial de comportamiento, evitando que pueda ser eludido sin mayores obstáculos.

En términos sencillos, si una persona jurídica es sancionada con la terminación de un contrato por incumplimiento o declarada inhábil para contratar con el Estado por la concurrencia de alguna de las causales contempladas en la ley, ¿qué evita constituir una nueva persona jurídica para que esta nazca a la vida jurídica con un historial de comportamiento limpio y sea considerada por el organismo público a la hora de evaluar una oferta?

Si bien la nueva normativa busca resolver este problema estableciendo que en el registro se deberán individualizar los socios, accionistas, administradores y beneficiarios finales de las personas jurídicas inscritas para efectos de evitar que las futuras implicancias del historial de comportamiento sean eludidas con la creación de nuevas entidades, aun cuando sus controladores sean los mismos —práctica que ya ha sido observada por Cenabast, atendido el historial de incumplimientos creados por la propia agencia—, surge la pregunta de cuán resiliente será dicho historial.

Por ejemplo, en el caso de que la persona jurídica cuyo expediente incluye una serie de incumplimientos sea legítimamente adquirida o se fusione con otra entidad independiente y que nada tuvo que ver con la administración previa, ¿resulta apropiado traspasar dicha responsabilidad a la nueva entidad, aun cuando no estuvo inmiscuida en las conductas que gatillaron las sanciones? Y, en el caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿correspondería traspasarlo de manera íntegra o sería posible diseñar un mecanismo que atenúe dicha responsabilidad o genere un promedio considerando el historial de comportamiento de la antigua y la nueva entidad? Las respuestas a estas interrogantes no las encontramos en la Ley 21.634 y tampoco fueron abordadas durante su discusión, pero en la hipótesis de que la intención del legislador fuese traspasar la responsabilidad a la sociedad sucesora, es de asumir que el historial de cumplimiento se transformaría en un verdadero pasivo que podría entorpecer la ejecución de operaciones comerciales que de manera alguna buscan eludir las repercusiones de incumplimientos o sanciones previas, sino que son

propias del sano desarrollo de un mercado determinado.

Consideramos que el reconocimiento del historial de comportamiento resulta no solo razonable, sino que necesario, atendida la aplicación de principios generales del sistema administrativo sancionador. Con todo, creemos que el verdadero desafío surge cuando se equipara la naturaleza de las personas jurídicas con la de las personas naturales, desconociendo las particularidades que presenta su existencia y funcionamiento, generando un verdadero reto para evitar, por una parte, su elusión, y, por la otra, los perjuicios que puede generar respecto de terceros que —en principio— podrían no merecer sufrir las consecuencias de los actos ejecutados por otros en el pasado.

Así las cosas, desconociendo la rigurosidad con la que será estudiado el historial de comportamiento por parte de las autoridades competentes (*e.g.*, organismos públicos sometidos a la aplicación de esta normativa, la Dirección de Compras y Contratación Pública y, en particular, la Contraloría General de la República), estimamos necesario plantear y abordar estas interrogantes para efectos de resguardar efectivamente el objetivo perseguido por el legislador al consagrar el nuevo Registro de Proveedores —asegurar una adecuada evaluación de las ofertas presentadas por los proveedores—, pero sin afectar innecesariamente actividades jurídicas legítimas contra terceros que se podrían ver expuestos a nuevos gravámenes cuando, de buena fe, solo buscan maximizar su actividad mercantil y comercial.

*\* José Santos Ossa Rogat y Jaime Henríquez Mella son asociados de Carey.*