Modifica la ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales de los trabajadores de las empresas contratistas, por la vía de exigir boleta bancaria de garantía

Boletín N°11079-13

I. Fundamentos

1. La Ley número 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios regula la contratación de la Administración del Estado para el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones.

2. En este sentido, dicho cuerpo normativo regula un contrato que es un instrumento imprescindible de la actuación administrativa y que hoy en día goza de una aplicación efectiva. Según datos del portal Analiza.cl, desde el año 2008, los distintos órganos que componen la Administración del Estado han llamado a más de 2.463.732 licitaciones de diversa naturaleza[1], recurriendo a esta ley para celebrar un contrato, sea de suministro, o de prestación de servicios.

3. En específico, el contrato de prestación de servicios puede involucrar que la empresa contratista requiera a su vez la contratación de trabajadores que estén encargados de ejecutar la función que encarga el órgano de la Administración del Estado. Estos trabajadores se regirán por lo dispuesto en el Código del Trabajo, debiendo dirigirse, en principio, contra su empleador (la entidad que se adjudique el contrato de prestación de servicios) en caso de que éstos sean acreedores de una obligación incumplida de carácter laboral o previsional.

4. No obstante lo señalado, el capítulo III de la mencionada ley regula las actuaciones relativas a la contratación, incorporando un párrafo 2 denominado "De las garantías exigidas para contratar". En esta línea, su único artículo prescribe lo siguiente:

> *"La respectiva entidad licitante requerirá, en conformidad al reglamento, la constitución de las garantías que estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, en la forma y por los medios que lo establezcan las respectivas bases de la licitación. Tratándose de la prestación de servicios, dichas garantías deberán asegurar, además, el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley N° 17.322, y permanecerán vigentes hasta 60 días hábiles después de recepcionadas las obras o culminados los contratos. Los jefes de servicio serán directamente responsables de la custodia, mantención y vigencia de las garantías solicitadas.*

[1] Obtenido de la Plataforma de uso estadístico del portal www.analiza.cl/web.

Las garantías que se estimen necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas, el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales de los trabajadores y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, deberán ser fijadas en un monto tal que sin desmedrar su finalidad no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta.

Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas.

Sólo podrán entregarse anticipos a un contratante, si se cauciona debida e íntegramente su valor".

5. Según el artículo transcrito, el legislador tuvo una especial preocupación por la situación descrita, estableciendo que la respectiva entidad licitante debe requerir, en conformidad al reglamento, las garantías que estime necesarias para asegurar diversos fines, tales como la seriedad de las ofertas, como el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo en la forma y por los medios que lo establezcan las respectivas bases de la licitación. Es la propia norma que a continuación señala que "*Tratándose de la prestación de servicios, dichas garantías deberán asegurar, además, el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes*".

6. Ahora bien, el precepto legal en comento tiene variadas limitantes que podrían mermar esta protección de los trabajadores que previó el legislador.

   En efecto, en primer término, el legislador remite a un reglamento la regulación de las garantías señaladas, a saber, el Decreto número 250 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". La potestad reglamentaria desarrolla las prescripciones del artículo 11 de la Ley en diversos aspectos, pero no ahonda o precisa respecto del tipo de garantía exigido en cada caso, lo que queda a la discrecionalidad de la entidad licitante.

   En segundo lugar, según el tenor literal de la norma, la entidad licitante debe requerir las garantías "*que estime necesarias*", por lo que existe un grado de latitud en torno a no exigir estas seguridades. Esto se concreta, por ejemplo, en materia de Convenios Marco, donde es el propio Reglamento, en su artículo 14 que dispone que en sus respectivas bases de licitación, la Dirección "*podrá omitir, fundadamente, la solicitud de garantías de seriedad y de fiel cumplimiento a los oferentes y a los proveedores adjudicados, respectivamente*".

   En tercer lugar, la Ley parece distinguir entre tres tipos de garantías: una de seriedad de la oferta, otra referida al fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, y finalmente, otra referida al pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes (inciso segundo, artículo 11, ley 19.886). Sin embargo, el Reglamento en su artículo 22 combina dos de ellas en una

sola, perjudicando justamente a la garantía referida a los trabajadores. La norma dispone en su inciso segundo lo siguiente: "*Las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento del contrato tienen por objeto resguardar el correcto cumplimiento, por parte del proveedor oferente y lo adjudicado, de las obligaciones emanadas de la oferta y/o del contrato. En el caso de la prestación de servicios la garantía de fiel cumplimiento asegurará además el pago de las obligaciones laborales y sociales de los trabajadores del contratante*" (el subrayado es propio). De esta forma, una misma garantía no tendrá por único objeto asegurar el cumplimiento de estos créditos de los trabajadores, sino que también abarcará otras obligaciones con diverso contenido, incluidas, por ejemplo, las que tiene el propio Fisco contra la empresa contratista (por ejemplo, por multas que se hayan impuesto por incumplimientos contractuales).

7. Ahora bien, este precepto legal es desarrollado por la potestad reglamentaria. Las garantías exigidas para el fiel y oportuno cumplimiento (incluyendo las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores, según lo que ya se dijo) son desarrolladas por el Reglamento en el párrafo 3, del Capítulo VIII, prescribiendo, en su artículo 68 lo siguiente (el subrayado es propio):

> *"Para garantizar el fiel y oportuno cumplimiento del contrato una vez producida la adjudicación, el adjudicado entregará las cauciones o garantías que correspondan, a favor de la entidad licitante, cuyos montos ascenderán entre un 5% y un 30% del valor total del contrato, salvo lo dispuesto en los artículos 42 y 69 del presente Reglamento.*
>
> *Las bases administrativas que regulen contratos de ejecución sucesiva podrán asociar el valor de las garantías a las etapas, hitos o períodos de cumplimiento y permitir al contratante la posibilidad de sustituir la garantía de fiel cumplimiento, debiendo en todo caso respetarse los porcentajes precedentemente indicados en relación con los saldos insolutos del contrato a la época de la sustitución.*
>
> *En el caso de contrataciones de prestación de servicios, se entenderá, sin necesidad de estipulación expresa, que las garantías constituidas para asegurar el fiel cumplimiento del contrato caucionan también el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes.*
>
> *La garantía podrá otorgarse mediante uno o varios instrumentos financieros de la misma naturaleza, que en conjunto representen el monto o porcentaje a caucionar y entregarse de forma física o electrónicamente. En los casos en que se otorgue de manera electrónica, deberá ajustarse a la ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma.*
>
> *La Entidad Licitante establecerá en las Bases, el monto, el plazo de vigencia, la glosa que debe contener y si la caución o garantía debe expresarse en pesos chilenos u otra moneda o unidades de fomento.*

La caución o garantía deberá ser pagadera a la vista y tener el carácter de irrevocable.

Las Bases no podrán establecer restricciones a determinados instrumentos al momento de exigir una garantía de cumplimiento, debiendo aceptar cualquiera que asegure el pago de la garantía de manera rápida y efectiva, siempre que cumpla con las condiciones dispuestas en el presente artículo.

El otorgamiento de la garantía de fiel cumplimiento será obligatorio en las contrataciones que superen las 1.000 UTM. Tratándose de contrataciones iguales o inferiores a las 1.000 UTM, la entidad licitante deberá fundadamente ponderar el riesgo involucrado en cada contratación para determinar si requiere la presentación de garantías de fiel cumplimiento".

8. Como se puede observar, el Reglamento no designa ningún tipo de garantía (o caución) específica para asegurar el fiel y oportuno cumplimiento, asignando sólo características generales tales como que ésta garantía debe ser pagadera a la vista, y tener el carácter de irrevocable. No obstante, a renglón seguido, la propia norma limita el ámbito de las bases, y por ende de la entidad licitante, para restringir a determinados instrumentos al momento de exigir estas garantías, "*debiendo aceptar cualquiera que asegure el pago de la garantía de manera rápida y efectiva*."

9. Así las cosas, en determinadas ocasiones, se ha constatado que algunas entidades aceptan dentro de sus bases de licitación que se cumplan con la obligación de rendir garantías mediante la suscripción de pólizas de seguro. Estas pólizas tienen la característica de ser a primer requerimiento (con lo cual cumplen el requisito que establece el Reglamento), pero no dejan de ser un contrato de seguro, el cual requiere acreditar la existencia de un siniestro, y cuantificar los daños que se produzcan, a fin de que la aseguradora dé lugar a la indemnización. Asimismo, las discrepancias que se susciten sobre el sentido y alcance de las disposiciones del contrato de seguro son resueltos por la justicia arbitral, la cual puede tardar bastante tiempo en resolver si ha lugar o no a la indemnización en un determinado caso (artículo 543 del Código de Comercio).

10. Como se ha venido diciendo, dentro de estas garantías se incluye el pago de las obligaciones laborales y previsionales, deudas que no pueden esperar la discusión respecto a la configuración del siniestro para que se paguen, puesto que son parte de la subsistencia y dignidad del trabajador. El cobro de una indemnización emanada de un contrato de seguro puede tardar, aun cuando se exprese que es a primer requerimiento, por lo que no es aconsejable que, por lo menos respecto de este tipo de obligaciones, se garantice de esa manera. El recurso a las pólizas de seguro se sustenta en el hecho que es menos caro obtener éstas que acceder a una boleta bancaria de garantía, pero ello merma la protección que quiso dar el legislador a los trabajadores que, indirectamente, cumplen la función pública que requiere la entidad licitante.

11. En esta materia existen dos intereses contrapuestos: el interés de la Administración por lograr mayor participación en los procesos licitatorios, debido al bajo costo que representaría acceder a estas pólizas, y por otro lado, el interés de los trabajadores de que se paguen a tiempo sus obligaciones laborales y previsionales, sin demoras fundadas en problemas asociados a los cobros de las indemnizaciones respectivas, según se ha venido diciendo. En tal sentido, el proyecto se inclina por el segundo interés, ya que es la propia Ley la que define un ámbito específico que es de especial cautela, como son los créditos laborales y previsionales; más allá de que el Reglamento trate conjuntamente a las garantías referidas a estas obligaciones, y a la garantía de fiel y oportuno cumplimiento, se debe exigir el máximo estándar de solvencia para pagar obligaciones tan importantes como lo pueden ser las remuneraciones o las cotizaciones. Asimismo, el sólo hecho de que una empresa pueda optar a una boleta bancaria de garantía, asegura en cierta medida su fortaleza financiera y su sustentabilidad en el tiempo, cuestión que también le interesa a la Administración.

12. En este orden, **se debe exigir en la ley un instrumento concreto de garantía para cautelar por el cumplimiento íntegro de estas obligaciones, así como ratificar el carácter independiente que tiene respecto de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento**. En esta línea, el instrumento que actualmente representa mayor seguridad, y que puede soslayar las debilidades anteriormente expuestas es la boleta bancaria de garantía.

13. La Recopilación Actualizada de Normas, Capítulo 8-11, Hoja 1, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, regula a la boleta bancaria de garantía, definiéndola como “una caución que constituye un banco, a petición de su cliente llamado el “Tomador” a favor de otra persona llamada “Beneficiario” que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario.

    Existen dos maneras de obtener que un banco emita una boleta de garantía para caucionar una obligación de una persona a favor de otra. La primera es que se obtenga la emisión de una boleta con la constitución de un depósito de dinero en el banco por parte del tomador. La otra es que el banco la emita con cargo a un crédito otorgado al tomador, quien suscribe un pagaré u otro título de crédito a favor del banco.

    Aun cuando en el primer caso se llamaría propiamente depósitos de garantía, en realidad, en ambos casos, el banco emite un documento llamado “Boleta de garantía”, en el que se compromete incondicionalmente a su pago a solo requerimiento del beneficiario. <u>La existencia de un depósito o de un crédito sólo mira a las relaciones entre el banco y el tomador y no interesa al beneficiario, por cuanto la obligación de pagar la boleta será siempre incondicional para el banco”.</u>

    En tal estado de cosas, se supera el problema que tendría la póliza de seguro, otorgando mayor seguridad para los trabajadores. Esto lo ratifica la propia Superintendencia, señalando que “Ya sea que el depósito se constituya en efectivo o

como consecuencia de un préstamo bancario y cualquiera que sea la obligación que caucione, debe ser pagado al beneficiario en la oportunidad en que éste lo demande, observando solamente, cuando así se hubiera estipulado, el aviso previo de 30 días o del plazo que para el efecto se haya establecido".

14. Los diputados que suscriben el presente proyecto manifiestan que aún cuando el Estado, y en especial los organismos de la Administración, deban recurrir a la contratación de particulares para desarrollar su función, no pueden dejar de vista que ésta se concreta a través de la labor que cumplen los trabajadores que a su vez tiene a su cargo el particular que se adjudica una licitación pública. En efecto, el aumentar los estándares de la contratación, exigiendo boleta bancaria de garantía se fundamenta en lo que fue señalado en las conclusiones de la Comisión Investigadora de eventuales irregularidades ocurridas en JUNAEB, durante los años 2014 al 2015, con ocasión de la ejecución del programa de alimentación escolar en distintas regiones del país, en donde se visibilizaron las problemáticas que puede traer el uso de pólizas de seguro en las contrataciones que realiza el Estado. De esta manera, el presente proyecto constituye una preocupación especial relativa a la protección de los trabajadores, y sus derechos.

15. Finalmente, el proyecto intenta salvar una situación que hoy en día causa problemas de aplicación práctica en los contratos que celebra la Administración del Estado, pero ello no puede desconocer la discusión que debe tener el país en su conjunto relativo a la forma en que se está desarrollando actualmente la finalidad pública que está encomendada a determinados órganos. En efecto, esta desprotección de los trabajadores se da justamente por el esquema que construye la Ley 19.866 habilitando al Estado para este tipo de contrataciones masivas (así lo demuestran los números expuestos al inicio). En consecuencia, el presente proyecto si bien tiene por objeto corregir una situación que afecta a la seguridad que tienen los trabajadores que trabajan indirectamente para el Estado, ello no implica abandonar el debate que debe darse en torno a esta problemática, dado el aumento exponencial de este tipo de contrataciones.

II. Idea Matriz

1. El presente proyecto persigue perfeccionar las disposiciones de la ley número 19.886 en el sentido de exigir un instrumento concreto de garantía que deben rendir las empresas contratistas para cautelar por el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales de sus trabajadores, así como precisar el carácter independiente que tiene respecto de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato.

III. Disposiciones de la legislación vigente que se verían afectadas por el proyecto

1. El proyecto modifica el artículo 11 de la Ley 19.886, ya expuesto en los fundamentos, el cual regula las garantías exigidas para contratar.

2. Las modificaciones propuestas en el proyecto buscan precisar que para la garantía que cubre las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores, la empresa contratista debe presentar una boleta bancaria. Asimismo, esta exigencia implica necesariamente la necesidad que esta garantía se rinda de manera separada a la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato.

POR TANTO:

Los diputados que suscribimos venimos en presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Único.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Ley número 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios:

1. Modífiquese el artículo 11 del modo siguiente:

a) Agréguese en su inciso primero, entre las expresiones “además,” y “el pago”, la siguiente frase: “y de forma separada”.

b) Agréguese en su inciso primero, después de la frase “o culminados los contratos.” La siguiente frase: “Los interesados deberán presentar boletas bancarias de garantía para asegurar las obligaciones laborales y sociales de los trabajadores”.

ALEJANDRA SEPÚLVEDA ÓRBENES
Diputada