

Proyecto de ley que extiende la cobertura de las garantías en la contratación pública al cumplimiento de las obligaciones a favor de MIPYME

I. Antecedentes

1. Las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME) están definidas en el artículo segundo de la Ley N° 20.416, sobre empresas de menor tamaño, en los siguientes términos: “Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario”.
2. Las MIPYME forman una parte imprescindible del proceso productivo en el país, proveyendo de distintos bienes y servicios a otras empresas, o directamente a los consumidores. Asimismo, participan directa o indirectamente en los distintos contratos administrativos que celebra la Administración del Estado con el sector privado para distintos fines, sea para suministrar bienes muebles, servicios, construir, mantener o reparar obras públicas. Asimismo, también participan en la construcción, mantención y reparación de líneas de transmisión eléctrica.
3. En efecto, distintos cuerpos legales y reglamentarios regulan estos contratos administrativos. Así por ejemplo, la ley N° 19.886, en relación al denominado contrato de suministro; el D.F.L. N° 750 (Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, en adelante MOP) y el D.S. N° 75 del mismo Ministerio, en relación al contrato de construcción de obra pública; el D.S. N° 900 del MOP, en relación al contrato de concesión de obra pública; y la Ley General de Servicios Eléctricos (DFL N°4) en relación con las líneas de transmisión eléctrica.



La doctrina destaca que una parte fundamental de estos contratos administrativos es la obligación del contratista que participa en un procedimiento licitatorio de “otorgar las garantías exigidas en cada caso. Las garantías deben ser constituidas por los oferentes y se denominan: i) Garantía de seriedad de la oferta, la cual está destinada a asegurar la correcta participación en el procedimiento licitatorio, así como la real intención de contratar con la Administración (...) ii) Garantía de ejecución del contrato o de explotación, la cual es aquella que debe otorgar el contratante que se haya adjudicado el contrato, en la que se garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales”¹.

4. Asimismo, los diferentes cuerpos legales y reglamentarios que regulan estos contratos contemplan que las garantías constituidas, en especial, la de ejecución o explotación (también denominada de fiel cumplimiento), aseguran, adicionalmente, el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de los contratantes. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 11 de la ley N° 19.886. En otra modalidad, el DFL N° 850 permite al funcionario autorizado para formular estados de pago correspondientes a contratos de estudio o de ejecución de obras públicas a no darles curso cuando el contratista no acredite el pago oportuno de los sueldos, salarios o imposiciones de previsión de los trabajadores (artículo 102).
5. Ahora bien, es perfectamente posible que el contratista, para la ejecución de la obligación contraída con la Administración, la delegue, en todo o parte, en otras empresas. Esta modalidad se ha denominado por parte de la doctrina como “subcontratación”, definiéndola como “una de las actitudes que puede adoptar la parte de un contrato frente a su obligación; a saber, servirse de terceras personas, ajenas inicialmente a la relación contractual, para que esas terceras personas asuman el cumplimiento. El tercero asume la obligación del primitivamente obligado, pero

¹ BERMÚDEZ, Jorge (2011): Derecho Administrativo General (editorial Legal Publishing Chile, Santiago), p. 201.



en virtud de un nuevo contrato que coexiste con el primero. Y si subsiste el primer contrato, el primitivamente obligado continúa estándolo”².

6. La subcontratación está autorizada en la mayoría de las regulaciones de contratos administrativos, pero con límites. En efecto, se contempla en el artículo 4, 15 de la ley n° 19.886, artículo 111 del D.S. N° 75, y en el artículo 22 del D.S. N° 900.
7. Lo cierto es que las garantías del contrato administrativo no alcanzan a las obligaciones que tenga el contratista con sus subcontratistas, relaciones jurídicas que se rigen por el derecho privado, salvo que las bases de licitación prevean una regla distinta. De esta manera, y siendo una gran cantidad de las subcontratistas de aquellas categorizadas como MIPYME, es que estas últimas se encuentran en desprotección ante una situación de incumplimiento, o de insolvencia, por parte de sus contratistas, o de sus subcontratistas.

II. Fundamentos de la iniciativa

1. Según estadísticas del Servicio de Impuestos Internos, al año 2018, las microempresas constituían un 59,9% del total de empresas en Chile (762.137 empresas) con un 1,7% de participación en las ventas. En el caso de las pequeñas empresas, participan en un 15,9% del total de empresas en Chile (202.604 empresas) con un 6,1%. Esta relación de participación v/s ventas es inversa al considerar a las medianas empresas, y de forma especial a las grandes empresas. En efecto, este último segmento constituye un 1,1% del total de empresas en Chile (14.185 empresas), pero tienen un 86,4% de las ventas, alcanzando 20.614.002.308 UF de ventas anuales³.
2. En el caso de la contratación administrativa bajo la Ley N° 19.886, la Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra) indica que durante el año 2018 las

² PALAVECINO, Claudio (2013): “La subcontratación en el reglamento de construcción de obra pública” en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Vol. 4, n° 8), p. 76.

³ Cifras disponibles en <https://camara.cl/pdf.aspx?prmID=187096&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>



transacciones en el Mercado Público alcanzaron US\$13.099 millones, de los cuales las micro y pequeñas empresas participan en un 40,7% (US\$5.34 millones)⁴. El resto de las contrataciones van a medianas, y en su gran mayoría a grandes empresas.

3. Como se puede apreciar, en Chile existe un gran porcentaje de MIPYME, mientras que las grandes empresas son apenas un 1,1% del total. No obstante, la influencia que este 1,1% tiene el mercado es abrumadora, indiciaria de la gran concentración de la riqueza, y de la desigualdad, que existe en nuestro país. Unas pocas empresas concentran la gran cantidad de ventas anuales (86,4%), por lo que queda en evidencia la necesidad de ampliar las políticas públicas destinadas al fomento de la MIPYME.
4. Es el caso que uno de los ámbitos de desprotección de las MIPYME es el de la contratación administrativa, en la cual el Estado recurre a grandes empresas, en especial en materia de obra pública, para la consecución de los fines públicos a los que está convocado. No obstante, una vez adjudicado el contrato a un contratista, luego éste comienza un profundo proceso de subcontratación, lo que generará distintos niveles de responsabilidad en la ejecución de la obligación contraída con el Estado. De esta manera, si se trata de la construcción de una obra pública, como podría ser un hospital, el contratista delegará en distintas empresas la ejecución de cada parte; a su vez, estas empresas subcontratarán con otras, para la provisión de mano de obra, o de servicios asociados, generándose una cadena productiva concatenada y virtuosa.

La gran cantidad de empresas que optan por la subcontratación son grandes empresas. Según la 5ª Encuesta Longitudinal de Empresas efectuada por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, “el año 2017 el 2,5 % (8.563) de las firmas subcontrataron personal, en las cuales predominan las grandes empresas, donde un 21,2 % (2.233) de éstas reportaron subcontratar trabajadores. En las empresas de menor tamaño hay menor proporción de aquellas que subcontrataron, siendo el 8,3 %

⁴ <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2019/05/Cifras-cierre-2018-CHILECOMPRA-Marzo-1.pdf>



(1.908) de las medianas, el 1,7 % (2.681) de las pequeñas y un 1,2 % (1.742) de las microempresas”⁵.

A su vez, “el 56,9 % de las firmas cubre necesidades del público general, el 57,2 % de otras empresas nacionales, el 3,4 % de empresas en el extranjero y el 11,3 % de instituciones u organismo del Estado. El principal tipo de consumidor de las grandes son empresas nacionales (83 %)”⁶.

5. De esta manera se puede observar cómo las grandes empresas son las que más venden en el país, y las que cuantitativamente se adjudican una mayor cantidad de los contratos con el Estado, mientras que las MIPYME son más bien relegadas a la subcontratación. El problema estriba en que la cadena productiva que genera la contratación pública, en especial para la construcción de obra pública, puede verse afectada por incumplimientos o insolvencias en el nivel medio. De esta manera, a la empresa contratista, principal responsable con el Estado, le interesa que se cumpla con la prestación del contrato administrativo, pero no tiene un interés en la relación jurídica privada entre sus subcontratistas. De esta manera, si una de ellas incumple o cae en insolvencia, lo relevante para la contratista será el pronto reemplazo de dicha empresa, sin la necesidad de verificar que los subcontratistas de ésta, en su mayoría MIPYME, vean satisfechos sus créditos.
6. De esta manera, se produce una situación compleja para la MIPYME subcontratista, puesto que, o asume la pérdida, en todo o parte, con miras a continuar la relación con la nueva subcontratista que se contrate, o termina la relación con el contratista, opción que no le conviene a sus intereses. De esta manera, la MIPYME deberá arrastrar la deuda de la subcontratista, ya excluida de la cadena productiva, en juicios civiles largos y engorrosos.

⁵ Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. División Política Comercial e Industrial (2019): 5ª Encuesta Longitudinal de Empresas – Empleo. Disponible en: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2019/06/Informe-de-resultados-ELE-5-Empleo-V2.pdf>

⁶ *Ibidem*.



Esta situación se puede agravar con la pandemia del coronavirus, toda vez que expone a una mayor cantidad de empresas, y sus subcontratistas, a insolvencia, con lo cual pueden quedar múltiples obligaciones civiles, cuyos acreedores sean MIPYME, sin ser cumplidas.

A lo anterior debe agregarse que los créditos civiles originados en esta cadena productiva no tienen preferencia legal, con lo cual, al momento de la liquidación respectiva, se pagan conforme a la regla de la prorrata, concurriendo con otras grandes empresas, que tienen la asistencia legal adecuada para cautelar el cumplimiento de sus créditos.

7. Por todo lo expuesto, es que se requiere asegurar, de mejor manera, el cumplimiento no sólo de la obligación principal, sino que adicionalmente de las obligaciones civiles que deriven de la subcontratación en que incurra la contratista, puesto que las empresas que participan de ese proceso, también son ejecutoras del encargo que efectuó la Administración, sea el suministro, la prestación de servicio o la construcción de la obra, razón por la cual, la garantía de fiel cumplimiento también debiera extenderse a cubrir el pago de sus créditos.
8. El fundamento del proyecto descansa en que el Estado tiene dos deberes constitucionales expresamente establecidos: promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo 1° de la Constitución Política). De esta manera, atendida la grave concentración de la riqueza en pocas empresas en Chile es que el Estado debe cautelar la existencia y mantención de las MIPYME, de tal manera de que se amplíe su participación en las ventas a nivel nacional, como también, que se cumpla en forma con las obligaciones contraídas con éstas como consecuencia del proceso de subcontratación.

En efecto, en la concepción clásica del concepto de igualdad de oportunidades, ésta implica que exista un mismo punto de partida de los distintos participantes de la



sociedad, con la finalidad de que con sus potencias y capacidades puedan alcanzar sus objetivos. Pues bien, son conocidas todas las asimetrías, obstáculos, dificultades, incertezas y coyunturas que deben atravesar las MIPYME para crear, mantener y hacer crecer sus emprendimientos. Ello contrasta radicalmente con la posición de las grandes empresas, las cuales tienen mayor acceso a la innovación, la tecnología y asesoría legal.

Además, concentran una gran parte de la riqueza del país, y como se ha visto, de las ventas, teniendo un punto de partida muy distinto al que comienza un emprendimiento de menor entidad. Desde este punto de vista, se justifica plenamente que las garantías que se le exijan al contratista alcancen, adicionalmente, a las obligaciones a favor de MIPYME en la subcontratación, en especial, en la actual crisis de coronavirus.

Debe recordarse que las MIPYME contribuyen a la superación de la pobreza, al ser una importante fuente de ingresos y empleos, para los sectores más vulnerables y para la clase media, por lo que todas las políticas de fomento que pueda impulsar el Estado a favor de este sector favorecen una mejor redistribución del ingreso, y una mayor justicia social.

III. Idea Matriz

El presente proyecto tiene como idea matriz establecer que las garantías exigidas a los contratistas en la contratación administrativa deben asegurar el pago de las obligaciones con todas sus empresas subcontratistas.

IV. Contenido del proyecto de ley

El proyecto de ley contempla que las garantías que constituya el contratista en los contratos administrativos regulados por la Ley N° 19.886, el Decreto Supremo N° 75 del Ministerio de Obras Públicas del año 2004, el Decreto Supremo N° 900 del Ministerio de



Obras Públicas del año 1996, y en las licitaciones a las que se refiere el Decreto con Fuerza de Ley N°4 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del año 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos, asegurarán, sin necesidad de mención expresa, el pago de las obligaciones civiles o comerciales cuyos acreedores sean empresas de menor tamaño, sea que dichas obligaciones hayan sido contraídas directamente por el adjudicado, o por alguno de sus subcontratistas

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

El proyecto de ley modifica indirectamente la Ley N° 19.886, el Decreto Supremo N° 75 del Ministerio de Obras Públicas del año 2004, el Decreto Supremo N° 900 del Ministerio de Obras Públicas del año 1996, y el Decreto con Fuerza de Ley N°4 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del año 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos

POR TANTO:

Los diputados que suscribimos venimos en presentar el siguiente:



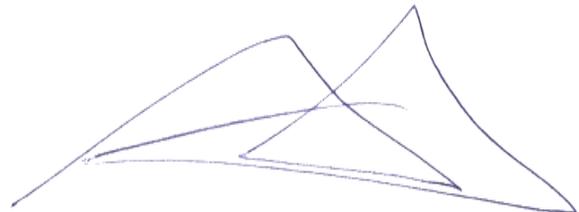
PROYECTO DE LEY

Artículo único: “Las garantías que constituya el contratista en los contratos administrativos regulados por la Ley N° 19.886, el Decreto Supremo N° 75 del Ministerio de Obras Públicas del año 2004, el Decreto Supremo N° 900 del Ministerio de Obras Públicas del año 1996, y en las licitaciones a las que se refiere el Decreto con Fuerza de Ley N°4 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del año 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos, asegurarán, sin necesidad de mención expresa, el pago de las obligaciones civiles o comerciales cuyos acreedores sean empresas de menor tamaño, sea que dichas obligaciones hayan sido contraídas directamente por el adjudicado, o por alguno de sus subcontratistas.

Para todos los efectos legales, se entenderá que las empresas de menor tamaño son aquellas establecidas en el artículo segundo de la ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño”.



Jaime Mulet
DIPUTADO



Esteban Velásquez
DIPUTADO





FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. JAIME MULET M.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. FLORCITA ALARCÓN R.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. JAIME NARANJO O.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. MIGUEL MELLADO S.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ESTEBAN VELASQUEZ N.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. RENATO GARÍN G.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. BORIS BARRERA M.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ALEJANDRA SEPÚLVEDA O.

