

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Edwards, Núñez y Prohens, que modifica la ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, para garantizar el cumplimiento de obligaciones por parte de las empresas subcontratistas.

ANTECEDENTES

Los nuevos fenómenos de contratación han acelerado completamente la forma en la que se desarrollan las relaciones comerciales, superando ampliamente la regulación legal que puede ser codificada por el legislador, dado el dinamismo de las relaciones comerciales que requieren de herramientas ágiles que permitan fomentar el tráfico jurídico, generando una serie de contratos innominados que en base a la costumbre comercial han determinado la forma en la que se llevan estos contratos.

La doctrina civilista, ha diferenciado este tipo de contrato entre “nominados e innominados”, la cual no se encuentra dado por su nombre, sino más bien por si su regulación y extensión de reglamentación legal por parte del legislador, los cuales rigen por las reglas aplicables a todo acto y declaración de voluntad y por lo que estipulan las partes, sin perjuicio de que en caso necesario se pueda recurrir, por analogía, a las reglas del contrato nominado más similar. Se ha fallado que si el contrato sub lite no es ninguno de los definidos por el código civil, debe calificarse de innominado y regirse por la ley del propio contrato y por las disposiciones legales que, por analogía, puedan avenirse a sus peculiares modalidades¹

A su vez, tal como señala el profesor Joel González Castillo, el tráfico comercial y la sofisticación del mismo ha generado un aumento importante de, “los contratos atípicos de ser, en el pasado, una marcada excepción sea hoy bastante más usuales, observándose muchos contratos que no responden a los patrones clásicos. Esta tendencia claramente irá en aumento, entre otras razones, por la sofisticación y profundidad de los mercados que tiene su reflejo en contratos de suyo complejos que, como hemos dicho, escapan a los tipos tradicionales. La práctica va creando siempre nuevos tipos para favorecer la satisfacción de nuevos intereses²”

Una situación particular aplica especialmente con los contratos de subcontratación, los cuales poseen una serie de normas de distintos regímenes de contratación nominados, pero

¹ Alessandri Rodríguez Arturo, De los contratos 2009. Editorial Jurídica de las Américas, pág 39.

² González Castillo Joel. Contratos atípicos o innominados clases y regulación. Universidad del Desarrollo. Actualidad Jurídica N.º 47 - enero 2023, pág 411.

que no poseen una regulación extensiva, sino que utilizan otras figuras reguladas como la prestación de servicio con cláusulas especiales para adecuarlas a las necesidades de las partes, pero con otras situaciones reguladas, especialmente referidas a las situaciones laborales reguladas en el código del trabajo de nuestro país, como la ley N° 20123, que regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios.

Lo anterior, genera un importante grado de flexibilización que beneficia a las partes, las cuales pueden ajustar los contratos frente a sus cambiantes necesidades, permitiendo que, en base a su autonomía de voluntad y consentimiento mutuo, puedan generar contratos dinámicos que cumplan con sus requerimientos comerciales.

Por otro lado, debido a la falta de regulación, esta flexibilización genera situaciones de desequilibrio entre las partes que pueden implicar contratos altamente desbalanceados que impongan la mayor parte de las obligaciones a una de las partes o generen situaciones injustas para terceros que contraten bajo estos nuevos esquemas de contratación, porque “opera a través de los contratos típicos nominados. Es como un “negocio fantasma”, que se introduce en los negocios típicos regulados por las normas del Código civil”³, debido a que este regula los contratos bajo el supuesto de una relación única entre las partes, a partir de la cual se derivan los derechos y obligaciones de los contratantes en la hipótesis del contrato bilateral o sinalagmático (...) que se diseña a partir de una relación bilateral que tiene como modelo el contrato de compraventa, lo que fija las expectativas de las partes, sin que dicho acuerdo o contrato se considere como parte de una estructura o relación más amplia o compleja para la realización de un negocio⁴

Es el segundo caso el que nos interesa, el referido específicamente al régimen de subcontratación, el cual posee una serie de normas aisladas que regulan ciertos aspectos de su naturaleza, pero que ha dejado en muchas ocasiones a terceros en indefensión producto de la falta de regulación de estos contratos.

ELEMENTOS DEL SUBCONTRATO O CONTRATOS CONEXOS⁵

Siguiendo al profesor Momberg se pueden establecer ciertos elementos que deben concurrir para determinar que estamos en presencia de un grupo de contratos, dentro de los que se cuentan:

1. **Pluralidad de contratos.** Es decir, que existan dos o más contratos independientes

³ Perez Gallardo Leonardo. Del contrato a favor de tercer o su inserción en el código civil y en el decreto-ley no. 304/2012 sobre contratación económica. 2020, pág 68.

⁴ Momberg Uribe Rodrigo. Fisonomía y efectos de los contratos conexos o grupos de contratos. Revista Ius et Praxis Talca, Chile , 2021, pág 141.

⁵ ibid.

independiente de la complejidad de la relación o la existencia de múltiples prestaciones y contraprestaciones entre las partes.

2. **Finalidad o propósito común.** Los contratos pertenecientes al grupo se deben encontrar vinculados por el propósito de alcanzar un objetivo común, que no puede ser alcanzado por medio de cada contrato por separado. La unión permite cumplir con la finalidad económica considerada por las partes.
3. **La causa e indivisibilidad como elemento común.** La configuración de un grupo de contratos requiere una finalidad común, unidad económica o propósito práctico compartido, cuyo logro depende de la existencia y cumplimiento de cada uno de los contratos individuales, los cuales, a su vez, si bien conservan su individualidad, sólo tienen sentido en el marco de la operación conjunta.

REGULACIÓN DEL SUBCONTRATO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

A pesar de lo anteriormente expuesto, nuestra legislación reconoce la figura de los contratos conexos o derechamente subcontrato, como una realidad de contratación, pero enmarcado principalmente en normas ya existentes para otro tipo de regulaciones civiles y normas de carácter laboral en el marco del código del trabajo, el cual lo define en el marco de la relación laboral que se genera en este tipo de contratos, creando un nuevo título en el código del trabajo regulando estas materias.

Se define en estos casos el trabajo en régimen de subcontratación, como “aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica”⁶.

Los artículos siguientes regulan este régimen de contratación en su faz laboral, la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales y provisionales de los contratistas en favor de los trabajadores, la responsabilidad por el término de la relación laboral, obligaciones de información del cumplimiento de obligaciones laborales como la de adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia entre otros.

⁶ DFL N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del código del trabajo. Artículo 183 A.

Una regulación similar se puede observar en aquellos casos en que la contratación se realiza en la cual una de las partes es el Estado, los cuales se rigen por la ley que lo define.

A su vez, en materias más específicas la Contraloría General de la República (CGR) ha señalado, mediante dictamen N° 002594N08 de 23 de enero de 2008, que para los organismos de la Administración del Estado rige la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales por término de la relación laboral, y el derecho de la empresa principal a ser informada sobre el monto y estado de cumplimiento de tales obligaciones y a retener la suma a la que asciendan éstas en caso de que el contratista o subcontratista no acredite su cumplimiento íntegro.

El citado dictamen, establece que también rigen para la Administración Estatal los artículos sobre la responsabilidad subsidiaria de las empresas principales en el evento de que, no obstante haber ejercido los derechos de información y retención, subsistan obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas, así como del deber de las empresas principales de adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena⁷.

En otros cuerpos normativos se encuentran diversas obligaciones que posee el Estado relacionadas principalmente con precaver la capacidad económica de cauciones en caso de potenciales incumplimientos de contrato.

El más general en su aplicación lo encontramos **en la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Ley de Compras Públicas) la cual en su artículo 11, el cual establece:**

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

⁷ Biblioteca nacional del Congreso. Asesoría técnica parlamentaria. Responsabilidad de empresas mandantes con contratistas. Agosto de 2021.

de las garantías solicitadas.

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 desmedro su finalidad no desincentive la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta.

Otra regulación presente en esta materia es la que se encuentra presente en el Decreto N° 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, la que permite la subcontratación, remitiendo en su artículo 21 a que sus derechos y obligaciones económicas con terceros la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta ley y las que se estipulan en el contrato.

En el inciso siguiente, establece la incorporación de obligaciones de información sobre los pagos realizados por los contratistas, y dicha obligación también pesará sobre los contratistas respecto a los subcontratistas, debiendo dicha información ser publicada mensualmente en el sitio web del Ministerio de Obras públicas.⁸

Con respecto a lo anterior, en esta normativa es de las pocas que reconoce explícitamente la figura del contratista y subcontratista como objeto de obligaciones en el marco de un contrato de concesión, lo que implica un reconocimiento explícito de la trama de contratos que existen detrás de la adjudicación de una concesión, pero al cual solo le recae responsabilidad de información sobre los pagos realizados.

LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS SUBCONTRATADAS

La situación que se genera en estos casos, confluye en una “cascada de responsabilidades” que diluye la responsabilidad que se genera entre los contratantes originales y la sucesión de subcontratados, que cada vez se ven más dependientes de relaciones contractuales externos, en los cuales producto del término de la relación entre las principales pierden el nexo con la obra principal y terminan asumiendo los costos del término de la relación producto de errores o negligencias de la empresa principal, y al ser empresas de menor tamaño, terminan en graves aprietos financieros producto del no pago de las obligaciones a la principal.

⁸ https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32380/2/Responsabilidad_de_pymes_y_empresa_mandante_con_contratistas_coment_GW.pdf

DEL PROBLEMA DE LOS PEQUEÑOS PROVEEDORES LOCALES

Un ejemplo claro de esta situación es el reflejado en distintos medios de prensa⁹, en la construcción de la línea de transmisión Centella, de la región de Coquimbo con la empresa mandante Ferrovial, la cual subcontrato a una serie de proveedores, dentro de las que se cuenta la empresa de ingeniería SASEM la que subcontrata a su vez muchas pymes y servicios a los cuales no se les pagó los pagos prometidos, sus maquinarias quedan retenidas y en muchas ocasiones quedan al borde del colapso económico o derechamente en la quiebra, producto del no pago de sus servicios, la pérdida de trabajo producto de la retención de su equipamiento, lo cual se transforma en un espiral de caos que los lleva a millonarias pérdidas, en donde la empresa mandante posteriormente solo cambia de proveedor.

Es por los antecedentes anteriormente expuestos, que los Senadores firmantes, venimos a presentar las siguientes modificaciones a la **ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios**.

1. ***Modifíquese el artículo 11 inciso tercero, pasando el punto final a ser punto seguido, incorporando una frase del siguiente tenor:***

Además de lo anterior, las garantías de cumplimiento deberán asegurar el pago de contratos que se generen entre el adjudicatario y otras personas tanto jurídicas o naturales para el cumplimiento de la obra o prestación de servicio licitada.

2. ***Modifíquese el artículo 12 en su inciso quinto incorporando la siguiente frase:***

Así como el cumplimiento de otras obligaciones contractuales derivadas del contrato original.

3. ***Modifíquese el artículo 16 inciso segundo, intercalando entre las palabras “Estado” y “las multas” la siguiente frase:***

“Información sobre los pagos realizados por los contratistas”

⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=NOrhvS29-pU>