

VÍNCULO DE LOS GORE CON LOS TRABAJADORES DE CONTRATISTAS QUE EJECUTAN PROYECTOS DE INVERSIÓN FINANCIADOS POR EL FNDR

26.09.2018

I. ANTECEDENTES

Se plantea la necesidad de revisar la situación de trabajadores de contratistas que ejecutan proyectos financiados por el FNDR, y la responsabilidad que pueden tener los gobiernos regionales respecto de las obligaciones laborales y previsionales de los mismos.

Al respecto, los contratos de ejecución de estos proyectos no son suscritos por los Gobiernos Regionales a pesar de financiarse con sus recursos ya que dichos organismos no “ejecutan” los procesos para la contratación de las obras de inversión, sino que son suscritos por otros organismos públicos como Municipalidades, y por tanto éstos aparecen como ejecutores.

II. EJECUCIÓN DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN FINANCIADOS POR EL FNDR.

En primer lugar, analizaremos las facultades que poseen los GORE y que justifican el por qué, a pesar de financiar sus proyectos, no son capaces de contratarlos por sí mismos, para luego, revisar las consecuencias de esta situación en los contratos que se suscriben con los respectivos contratistas para la realización de las obras.

1. Facultad de ejecución por parte de los GORE.

Hasta antes de la ley N° 21.074, que fortalece la regionalización del país, los GORE carecían de facultades de ejecución propia, dependiendo de las municipalidades o servicios públicos para la realización de las políticas, planes y programas regionales.

Así, los GORE tenían facultades para financiar proyectos de inversión con el FNDR, pero para su ejecución requerían necesariamente la participación de un tercero que realizara los procesos de contratación. A modo de ejemplo, para la ejecución de la construcción de un jardín infantil con presupuesto del FNDR, la Municipalidad es quien licita para la contratación de los servicios de diseño o de obra, según corresponda.

Esta falta de capacidad fue revertida por la ley N° 21.074, donde se les otorgó la facultad de ejecución¹.

2. Responsabilidad subsidiaria en la subcontratación

Es necesario destacar que, en este caso, estamos hablando de subcontratación para el caso en que un responsable de la obra, empresa o faena (empresa principal) contrata a un tercero llamado contratista o subcontratista, para prestar determinados servicios, los que serán ejecutados a cuenta y riesgo propio, con personal contratado bajo su dependencia. En estos casos, la empresa principal es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que tenga el contratista con sus trabajadores, durante el periodo en que se presten los servicios

¹ El artículo 16 de la ley N° 19.175, en su literal a), establece como función general de los GORE, el diseñar, elaborar, aprobar y aplicar las políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo de la región en el ámbito de sus competencias. En el mismo sentido, el artículo 20 literal k de la ley N° 19.175 contempla como atribución de los GORE diseñar, elaborar, aprobar y ejecutar políticas, planes, programas y proyectos dentro de su territorio. Por último, el artículo 68 de la misma ley contempla la nueva estructura organizacional con divisiones que tiene la facultad de proponer, promover y ejecutar planes y programas (literales d, e y f del artículo 68 de la ley N° 19.175).

subcontratados, y en las garantías de fiel cumplimiento de contrato se entienden garantizadas dichas obligaciones.²

La subcontratación así regulada buscan evitar que se utilicen estas fórmulas para evadir los costos laborales de la contratación. La subcontratación tolerada es entonces un método de lograr eficiencia en la prestación del servicio, no de perjudicar a los trabajadores.

Es importante señalar que la norma citada rige tanto para empresas privadas como públicas que subcontraten, por lo que son aplicables a los contratos que realicen organismos públicos bajo estas condiciones, como son una municipalidad o el MOP. Por esto, en la ley de compras públicas se considera la solicitud de garantías para el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que deben cumplir los contratistas del Estado³.

3. Contratos de ejecución de proyectos con recursos del FNDR.

Conforme lo señalado en los numerales precedentes, los contratos para la realización de los proyectos de inversión del FNDR son celebrados entre los respectivos contratistas y un organismo público distinto del GORE, como por ejemplo una Municipalidad o el MOP, y dándose los supuestos, rigen las normas de subcontratación y la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal.

La no suscripción por parte del GORE de estos contratos, tiene una serie de implicancias derivadas del principio del efecto relativo de los contratos ya que éstos sólo obligan a las partes contratantes. Así, sin perjuicio de que los GORE son parte interesada tanto en la forma de ejecución de los proyectos como en el gasto de los recursos, el contratista no tiene una relación contractual con el GORE y éste no adquiere derechos y obligaciones respecto al contratista en virtud de la celebración del contrato.

De esta situación se desprenden una serie de particularidades:

a. Disponibilidad de los recursos y forma de pago

Se genera la siguiente paradoja: quien dispone de los recursos para financiar las obras y quien va autorizando los estados de avance para transferir los recursos, no es parte del contrato, y el otro organismo (por ejemplo una Municipalidad), que sí es parte, contrata sin tener recursos propios para su financiamiento.

Así, frente al contratista, el obligado al pago es la municipalidad, pero a su vez, al GORE le corresponda aprobar los estados de avance para realizar la entrega de los recursos, y si existe algún problema con esta transferencia, aun cuando no sea parte del contrato, influye directamente en las obligaciones de la municipalidad para con el contratista.

b. Posibilidad de demandar.

Al no ser parte del contrato, no es viable jurídicamente una demanda del contratista contra el GORE, ya que su relación contractual es con el organismo que suscribió el contrato. Esto, sin perjuicio de que la conducta del GORE es capaz de causar un incumplimiento del organismo que sí es parte del contrato, como por ejemplo, por negar la transferencia de los recursos para realizar los respectivos pagos.

² Artículo 183-A y siguientes del Código del Trabajo, y artículo 20 de la ley N° 17.322, que establece las Normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social.

³ Artículo 11 de la ley n° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

c. Falta de responsabilidad subsidiaria en la subcontratación.

Jurídicamente, si los GORE no contratan los servicios que se entienden bajo el régimen de subcontratación, no pueden ser considerados empresa principal por lo que no existe para ellos la responsabilidad subsidiaria sobre las obligaciones laborales y previsionales que tiene el contratista con sus trabajadores.

El conflicto se genera ya que, al tratarse de obras financiadas con el FNDR, para los trabajadores quien está detrás del encargo de la obra sí es el GORE, por lo que exigen una respuesta en caso de contratistas negligentes.

III. POSIBLES SOLUCIONES

Si lo que se busca es que los GORE se obliguen jurídicamente con los trabajadores de los contratistas de los proyectos de inversión financiados por el FNDR, se proponen dos soluciones:

1. Ejecución de los procesos de contratación por parte de los GORE.

Sin necesidad de modificación legal, los GORE poseen, actualmente, después de la ley N° 21.074, la capacidad de ejecución de programas por lo que es factible que, con apoyo del nivel central (SUBDERE y DIPRES), comiencen a ejecutar los procesos de contratación para los proyectos de inversión. Así, la empresa principal será el respectivo GORE, y dándose los supuestos de subcontratación, existirá responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas con sus trabajadores.

2. Extender la calidad de empresa principal al GORE sin ser parte de la subcontratación.

Podría realizarse una moción parlamentaria que establezca que en los procesos de compras que realicen organismos públicos para la ejecución de proyectos financiados con el FNDR, el GORE respectivo que financia el proyecto se considerará empresa principal para efectos de la subcontratación y la responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas con sus trabajadores.

Sin embargo, el Ejecutivo podría argumentar que la materia es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República por alterar funciones de un organismo administrativo (artículo 65 inc. 4° N° 2 de la Constitución). A dicha objeción, podría contestársele que la atribución ya está en la ley 21.074, por lo que una modificación de este tipo no innova, sino que aplica una consecuencia de la regla general ya existente.

3. Establecer que los GORE sean parte de la subcontratación realizada por un organismo distinto.

Podría realizarse una moción parlamentaria que establezca que los contratos que realicen organismos públicos para la ejecución de proyectos financiados con el FNDR, deben ser suscritos por el GORE respectivo que financia el proyecto.

Esta alternativa soluciona no solo el tema de la subcontratación y la responsabilidad subsidiaria, sino que también las otras particularidades que en esta minuta se han explicado.

Respecto a la admisibilidad de esta moción, el Ejecutivo podría reclamar la iniciativa exclusiva ya que se trata de funciones de organismos públicos (artículo 65 inc. 4° N° 2 de la Constitución). Al respecto, la iniciativa exclusiva es discutible ya que no se trata de una función propiamente tal sino que de la forma en cómo se ejerce.