



La equivalencia de garantías en los contratos administrativos

Autores

Pedro Harris Moya
pharris@bcn.cl

Samuel Argüello Verbanaz
sarguello@bcn.cl

Nº SUP: 127182

Resumen

La garantía del contrato administrativo puede otorgarse de formas variadas. En principio, ellas dependen de las disposiciones legales o reglamentarias aplicables. Si éstas se han referido a un otorgamiento específico, como una boleta de garantía o una póliza de seguro, la equivalencia de un instrumento por otro no es aceptada por la Contraloría General de la República. No obstante, en ciertos casos, sí lo ha sido por tribunales. Esta variación podría fundarse en la eficacia de cobro de cada instrumento.

La boleta de garantía implica para el tomador (el que debe cumplir la obligación con el Estado) tener el dinero depositado en su cuenta o solicitar un crédito al banco.

La póliza de garantía implica el pago de una prima a la compañía aseguradora. Las pólizas pueden ser de ejecución inmediata o sujetas a procedimiento de liquidación. Las de ejecución inmediata la empresa aseguradora paga la indemnización una vez se corrobora el siniestro y que esté cubierto según se establezca en las condiciones de la póliza. En las pólizas sujetas a procedimiento de liquidación existe un proceso que implica que la empresa aseguradora o un liquidador de seguros evalúen los antecedentes del siniestro.

Introducción

Como todo contrato, aquellos de carácter administrativo suponen un proceso de formación, una celebración, un proceso de ejecución y, en fin, una terminación. Debido a que la Administración debe satisfacer necesidades colectivas de manera continua y permanente, cada una de estas etapas podrán ser caucionadas, bajo distintos tipos de garantías, que deberán ser extendidas por el cocontratante de la Administración. Podrán tener por objeto asegurar la seriedad de la oferta o el cumplimiento del contrato.

La forma cómo debe extenderse la garantía no siempre ha sido prevista en la regulación legal de los contratos administrativos. La mayor parte de las veces esta forma sólo se concreta por la vía de reglamentaciones. Las reglamentaciones del contrato administrativo adoptan la denominación de

“bases”¹. Estas podrán ser administrativas, si se relacionan con aspectos procedimentales, o técnicas, si atienden a la operación en sí. El otorgamiento de una garantía es un aspecto procedimental de la contratación.

Sea que el otorgamiento de garantías conste en la reglamentación general o especial aplicable a un contrato administrativo específico, su forma de otorgamiento podrá ser más o menos precisa. Esto puede incidir en la forma como deben otorgarse. Así ocurre frente a boletas de garantía y pólizas de seguro. A solicitud parlamentaria, este informe analiza si tales cauciones pueden ser equivalentes jurídicamente (según las características de las bases) (I) y, asimismo, desde un punto de vista económico o financiero (II).

I. La equivalencia jurídica

Aunque los contratos administrativos tengan una legislación variada, su regulación posee ciertos principios comunes. Uno de estos principios es aquel relativo a la estricta sujeción a las bases, “el cual significa en términos simples que, tanto la administración como los participantes de un proceso licitatorio deben ceñirse completamente a las exigencias establecidas en las bases de la licitación” (Abarca, 2016: 291 y ss), las que, por su carácter reglamentario, no pueden ser dejadas sin aplicación (Cordero, 2010: 32)².

El principio de estricta sujeción a las bases del contrato lleva a plantearse si una forma de caución, como una boleta o póliza, puede sustituirse por otra, en caso que la base (u otra regulación eventual) hubiera prescrito una forma específica en que ella debió haber sido extendida. Las respuestas sobre esta equivalencia parecen variar según la precisión del texto. Tanto la jurisprudencia administrativa (Contraloría General de la República) como judicial (Tribunales de Justicia) se han pronunciado al respecto.

La jurisprudencia administrativa aplica constantemente el principio de estricta sujeción a las bases. Esto se observa, primero, si la base en cuestión carece de especificación al respecto. Se ha resuelto que si las bases, “al regular la garantía adicional, solo se remiten al aludido artículo 98, según el cual dicha caución consistirá en una boleta bancaria o en una póliza de seguro (...) no observa impedimento para que ese servicio, en la situación de que se trata, reciba la póliza ofrecida como garantía adicional del contrato”³.

Esto también ha sido afirmado si la regulación impide distinguir entre garantías. Ello sucede respecto del Decreto Supremo N° 250 de 2004, que reglamenta la Ley N°19.886. Conforme al artículo 31 de este reglamento: “Al momento de regular la garantía de seriedad, las bases no podrán establecer regla respecto a un instrumento en particular, debiendo aceptar cualquiera que asegure el cobro de la misma

¹ La noción de “reglamentación” puede referirse a reglamentos de ejecución propiamente tales (v.gr.: Decreto N° 75 de 2004 MOP, sobre contratos de obra pública) o a las bases (generales o especiales), al ser ambos actos generales.

² En referencia a los reglamentos en general y, en particular, al principio de inderogabilidad singular aplicable en la materia.

³ Dictamen de la CGR 33556 de 2016.

de manera rápida y efectiva, siempre que cumpla con las condiciones dispuestas en el presente artículo”⁴.

En cambio, si la base especifica una forma concreta en que la garantía debió haber sido extendida, dicha forma no podría en principio alterarse. La Contraloría General de la República ha estimado que “en conformidad a lo dispuesto en el punto 5.4.1 de las bases administrativa -aprobadas por la resolución N° 28, de 2012, de la Dirección de Aeropuertos, aplicables en la especie -, el adjudicatario sólo podrá otorgar como garantía de fiel cumplimiento del contrato una boleta de garantía, y no una póliza de seguro”⁵.

La jurisprudencia judicial, en cambio, no siempre aplica una interpretación literal de esta exigencia. Así, se ha resuelto que la Administración puede rechazar una garantía diversa de la requerida por las bases administrativas de la licitación, al no constituir un incumplimiento del contrato. En efecto, “cabe tener presente que el contrato se sujeta a las Bases Administrativas, tanto Generales como Especiales, y en cuanto a las garantías, cabe distinguir entre las garantías que debían concretarse en Boletas Bancarias”⁶.

Sin embargo, también se ha resuelto lo contrario. Así, la Corte de Apelaciones de Talca ha afirmado que “[s]i bien la garantía se cumplió mediante otro documento, éste tiene la equivalencia a una boleta o un vale vista, por lo cual no se divisa la nulidad que pretende el reclamante”, pese a que las bases de la licitación exigían, para el caso en cuestión, el otorgamiento de una boleta de garantía y no una póliza de seguro⁷.

II. La equivalencia financiera y económica

En términos financieros y económicos existen diferencias entre las pólizas y las boletas de garantía bancarias.

Desde el punto de vista del tomador (quien debe cumplir la obligación con el Estado) la boleta de garantía implica o bien el depósito en el banco de la cantidad garantizada o que el banco emita la boleta con cargo a un crédito para hacer efectiva la garantía. Es decir que requiere para el tomador de la boleta (quien debe cumplir la obligación) tener la disponibilidad de fondos o acceso a crédito suficiente para cubrir la garantía.

La póliza de garantía implica el pago por parte del asegurado (la empresa que realizará el contrato con el Estado) de una prima a la compañía aseguradora, la cual dependerá de las coberturas de la póliza y del valor de los bienes asegurados.

⁴ Dictamen de la CGR 43445 de 2017.

⁵ Dictamen de la CGR 15660 de 2013.

⁶ Sentencia del 21° Juzgado civil de Santiago de 2014, rol: C - 35880 - 2011. Sentencia confirmada por la Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de 2015, rol: 9867 – 2014 y por la Sentencia de Corte Suprema de 2016, rol: 21196 – 2015.

⁷ Sentencia de Corte de Apelaciones de Talca de 2018, rol: 4212-2017. Véase también Sentencia de Corte Suprema de 2018, rol: 20367 - 2018.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la empresa que realiza el contrato con el Estado, el costo es 1) o bien inmovilizar efectivo o aumentar su endeudamiento con el banco, o 2) pagar una prima de riesgo a una compañía aseguradora.

Respecto a las facilidades de cobro, según Echeverría (2018), “el sistema de las boletas de garantía se ha creado para invertir el sistema de garantías tradicional de forma tal que el acreedor la podrá hacer efectiva y, solo después de que eso ocurra, el deudor podrá accionar en su contra si el cobro de ella ha sido indebido”. En términos más específicos respecto al procedimiento práctico, “al momento del cobro de la boleta el banco [...] deberá pagar y el deudor garantizado [la empresa] podrá accionar en contra del beneficiario [en este caso el Estado] si estima que el cobro fue indebido, pero no podrá obstaculizar dicho cobro por efecto de las relaciones derivadas del contrato de crédito o depósito subyacente ni del contrato al que accede la boleta como garantía ni podrá alegar excepciones personales que pueda esgrimir en contra del beneficiario o del banco”.

En cuanto a las pólizas de garantía, estas pueden ser de ejecución inmediata o sujetas a procedimiento de liquidación. En las pólizas de ejecución inmediata la empresa aseguradora paga la indemnización una vez se corrobora el siniestro (en este caso no cumplimiento fiel del contrato) y que esté cubierto según se establezca en las condiciones de la póliza. En las pólizas sujetas a procedimiento de liquidación existe un proceso que implica que la empresa aseguradora o un liquidador de seguros evalúen los antecedentes del siniestro para llevar a cabo la liquidación en un plazo máximo establecido que puede extenderse si las circunstancias así lo ameritan. Además, en las pólizas con procedimiento de liquidación el asegurado o la empresa aseguradora pueden impugnar el informe de liquidación, a lo que deberá dar respuesta al liquidador (o la empresa aseguradora cuando esta realizó directamente la liquidación) (CMF, 2013).

Referencias

Abarca, Katerina (2013). Los principios de no formalización y estricta sujeción a las bases en los procedimientos de contratación pública, en: Bocksang, Gabriel y Lara, José Luis, *Procedimiento administrativo y contratación pública*, Santiago, Thomson Reuters.

Echeverría, René (2018). Aspectos relevantes de la boleta de garantía bancaria. El Mercurio Legal. Miércoles 7 de marzo de 2018. Disponible en <http://bcn.cl/2jx3d> (consultado el 25 de agosto de 2020).

Cordero, Eduardo (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes, *RDUCN*, año 17, n° 1.

CMF (2013). Establece obligación de informar respecto al procedimiento de liquidación de siniestros en pólizas de seguros. Deroga circular N.º 1116 de 7 de abril de 1993. Comisión para el Mercado Financiero. Disponible en <http://bcn.cl/2jx70> (consultado el 26 de agosto de 2020).

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)