

Normas para asegurar el pago a contratistas en EE.UU.

En relación al Proyecto de ley Boletín N° 14.011-03.

Autora

Christine Weidenslaufer

cweidenslaufer@bcn.cl

Comisión

Elaborado para la Comisión de Economía del Senado en el marco de la discusión del Proyecto de ley, que modifica la ley N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, para hacer solidariamente responsable a la empresa principal, o dueña de la obra o faena, del pago de los bienes entregados o servicios realizados por las micro, pequeñas o medianas empresas proveedoras, en las condiciones que indica, correspondiente al boletín N° 14.011-03.

SUP: 134514

Resumen

El proyecto de ley que modifica la ley N° 20.416 hace solidariamente responsable a la empresa principal, o dueña de la obra o faena, del pago de los bienes entregados o servicios realizados por las micro, pequeñas o medianas empresas proveedoras. Lo anterior, en el caso que en la ejecución de una obra o proyecto la empresa contratista o subcontratista no acredite oportunamente el pago íntegro por los bienes entregados o por los servicios realizados por dichas empresas.

Revisada la legislación extranjera, en países latinoamericanos (México, Colombia, Perú) y en España, no fue posible encontrar mecanismos jurídicos similares al propuesto por el citado proyecto de ley.

Sin embargo, en EE.UU. sí se contemplan dos soluciones normativas en el ámbito de la construcción. El contratista principal es responsable de coordinar y supervisar a todos los subcontratistas por los servicios que prestan así como de los proveedores de materiales, y que todos los anteriores reciban el pago respectivo. A falta de pago, el subcontratista o proveedor puede ejercer alguna de las siguientes dos acciones:

a) Acción de cobro (llamado "*mechanic's lien*") que se dirige directamente contra el propietario del inmueble que es objeto de la obra. Ello se traduce en la constitución de un gravamen que se inscribe en el título del bien raíz y aparece por tanto en el registro público de propiedad.

b) Acción contra el contratista por no pagar al subcontratista en el plazo de 10 días desde que el primero ha recibido cada pago parcial de la obra. Si hay discrepancias frente al monto adeudado, el contratista no podrá retener más del 150% del monto en disputa, pudiendo ser sancionado disciplinariamente y sujeto a una pena del 2% de la cantidad adeudada por cada mes que no se efectúe el pago.

Introducción

El presente documento, de acuerdo con la expresa solicitud de la Comisión de Economía del Senado, revisa la legislación extranjera sobre mecanismos jurídicos para garantizar el pago a proveedores y subcontratistas, en el marco del proyecto de ley que modifica la ley N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, para hacer solidariamente responsable a la empresa principal, o dueña de la obra o faena, del pago de los bienes entregados o servicios realizados por las micro, pequeñas o medianas empresas proveedoras, en las condiciones que indica, correspondiente al boletín N° 14.011-03. Este proyecto actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado.

Para dichos efectos, una primera parte describe, de manera general, las principales propuestas modificatorias del proyecto de la ley. La segunda parte, revisa las normas de Estados Unidos de América para asegurar el pago a contratistas.

Se advierte que se revisó la legislación de distintos países, como México, Colombia y España, entre otros, y solo fue posible encontrar información disponible en Estados Unidos de América. Las traducciones son propias.

I. Proyecto de ley

1. Definición general

El proyecto de ley que modifica la ley N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, para hacer solidariamente responsable a la empresa principal, o dueña de la obra o faena, del pago de los bienes entregados o servicios realizados por las micro, pequeñas o medianas empresas proveedoras, en las condiciones que indica, correspondiente al boletín N° 14.011-03,

La moción consta de un artículo único, que incorpora un nuevo artículo décimo quinto en la ley N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, con la finalidad de hacer efectiva la responsabilidad solidaria de la empresa principal, en el caso que en la ejecución de una obra o proyecto la empresa contratista o subcontratista no acredite oportunamente el pago íntegro por los bienes entregados o por los servicios realizados por la micro, pequeña o mediana empresa proveedora. Esta responsabilidad no alcanza a las empresas públicas o a aquellas donde el Estado tuviera participación.

La actual redacción del proyecto de ley, de acuerdo al informe de la Cámara de Diputadas y Diputados al Senado¹, es la siguiente:

“Artículo único.- Agrégase en la ley N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, el siguiente artículo permanente:

¹ Oficio N° 16.728, de 30 de junio de 2021.

“Artículo Décimo Quinto.- Rol de proveedores. Establécese la protección de las micro, pequeñas y medianas empresas en su rol de proveedores de empresas contratistas o subcontratistas durante la ejecución de un proyecto, obra, faena o servicio.

Durante la ejecución de un proyecto, obra o faena, las empresas contratistas y/o subcontratistas deberán informar mensualmente a sus respectivas empresas contratantes sobre el estado de cumplimiento de pagos de aquellos contratos que suscriban con micro, pequeñas o medianas empresas, que sean esenciales para la ejecución del proyecto, obra o faena. La empresa contratante deberá supervisar el estado de cumplimiento del pago de los contratos informados, según lo establecido en la ley N° 21.131, que establece pago a treinta días. El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales deberá ser acreditado mediante medios idóneos que garanticen su veracidad.

En caso de que el contratista y/o subcontratista no acredite completa y oportunamente el cumplimiento de las obligaciones de pago mencionadas en el inciso anterior, la respectiva empresa contratante deberá retener de las obligaciones que tenga a favor de éste, el monto adeudado a la micro, pequeña o mediana empresa. En dicho caso, la empresa contratante deberá exigirle a la empresa contratada que pague a éstos como condición para la realización del pago del monto retenido. Además, la empresa contratante podrá pagar por subrogación a la micro, pequeña o mediana empresa.

Con todo, si la empresa contratante cumple con todas las obligaciones establecidas para ella en este artículo, quedará exenta de responsabilidad para con las micro, pequeñas o medianas empresas contratadas.

Lo preceptuado en este artículo no será aplicable a los órganos de la Administración del Estado o a las empresas públicas, según lo establecido en el artículo 2° de ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

El incumplimiento de lo establecido en este artículo inhabilitará al infractor a contratar con la administración del Estado y las municipalidades por el plazo de un año, contado desde que la resolución judicial que así lo declare se encuentre ejecutoriada.”.

II. Regulación de la responsabilidad del contratista con el proveedor en los EE.UU.

La mayoría de los proyectos de construcción en los Estados Unidos de América (EE.UU.) involucran a un propietario o a una entidad financiera que paga al contratista original² o principal, en pagos parciales basados en las etapas de finalización del proyecto³. Por tanto, es el contratista principal el responsable

² Para estos efectos, “contratista original” significa una persona que contrata con un propietario y “subcontratista”, una persona que trabaja o que ha proporcionado mano de obra o materiales para cumplir una obligación con un contratista original. Estas definiciones se encuentran en la legislación estadual (en el ejemplo, en la del estado de Texas: *Property Code, Sec. 53.001*).

³ Stimmel law (s/f).

de coordinar y supervisar a todos los subcontratistas (por ejemplo, electricistas, albañiles, carpinteros, etc.), así como a los proveedores de materiales, además de asegurarse de que cada uno de estos reciba un pago por su trabajo⁴. Cuando el pago no se realiza de acuerdo a lo convenido entre contratista y subcontratista existen los siguientes mecanismos legales de cobro a disposición del subcontratista (o proveedor) perjudicado:

a. Acción de cobro directa contra el propietario del inmueble: *mechanic's lien*

A falta de pago, el subcontratista o proveedor (incluso el contratista) puede emprender acciones legales contra el contratista, por incumplimiento de contrato. Sin embargo, suele ser más fácil emprender acciones contra el dueño de la propiedad por medio de un mecanismo legal llamado *mechanic's lien*⁵ (literalmente, el “gravamen del mecánico”).

A través de esta reclamación legal de cobro, que se ejerce contra el propietario del bien inmueble que ha recibido las mejoras en el proyecto de construcción/remodelación⁶, se constituye un gravamen sobre el bien raíz. Este gravamen queda inscrito en el título y aparece por tanto en el registro público de propiedad⁷.

No todos los costos pueden incluirse en la cantidad reclamada bajo este gravamen. Si bien las reglas exactas varían de un estado a otro, los contratistas normalmente solo pueden presentar un gravamen por la mano de obra, los materiales y los servicios que proporcionaron para mejorar el bien inmueble. De este modo, quedarían fuera de la reclamación los honorarios de sus abogados para presentarla o indemnizaciones de perjuicios por daño moral, ya que estos no beneficiaron el valor de la propiedad⁸. Pero hay excepciones, por ejemplo, en el estado de California, donde un subcontratista puede demandar por: la cantidad original debida, intereses, honorarios legales y multas de hasta el 2% de la factura original⁹ (como se verá más adelante).

Los subcontratistas no están limitados a ejercer esta acción solo cuando no se les paga, sino también en caso de demora en un pago tardío, más allá de lo permitido por las normas del estado respectivo¹⁰.

Para obtener un *mechanic's lien*¹¹, la ley estatal generalmente requerirá que el subcontratista o proveedor haga lo siguiente¹²:

- El reclamante (el subcontratista/proveedor) deberá notificar al propietario del material o servicio que se está suministrando (por ejemplo, una bañera), generalmente dentro de los 20 a 30 días posteriores a la entrega (o a la realización del servicio).

⁴ Upcounsel (2021).

⁵ Upcounsel (2021).

⁶ Stimmel law (s/f).

⁷ Nolo (s/f).

⁸ Nolo (s/f).

⁹ Upcounsel (2021).

¹⁰ Upcounsel (2021).

¹¹ Dependiendo de la jurisdicción en la que viva, estos a veces se denominan “gravámenes sobre la construcción” (*construction liens*) o “gravámenes sobre la propiedad” (*property liens*) (Nolo, s/f).

¹² Findlaw (2020).

- Si no se le paga al subcontratista/proveedor, éste deberá presentar la acción en el condado donde se encuentra la propiedad¹³.
- El subcontratista/proveedor suele tener entre dos a seis meses para llegar a una solución con el dueño de la propiedad o presentar una demanda.

Debido a estas gravosas consecuencias para el propietario, por lo general, éste o el banco requerirán liberaciones de este gravamen por parte de contratistas y trabajadores, entregados por ellos mismos o por el contratista general, antes de que se pueda realizar el pago respectivo. Las liberaciones de gravámenes se entregan en un paquete, junto con otros documentos que proporcionan prueba de desempeño¹⁴.

b. Acción contra el contratista por no pago en plazo

La legislación de California ha dispuesto una protección adicional para los subcontratistas cuando el contratista general u otros subcontratistas no le pagan a éste la parte del dinero que han recibido del propietario por el trabajo completado y los materiales instalados por el contratista¹⁵. De acuerdo a la sección 7108.5 del Código de Negocios y Profesiones de California¹⁶, el contratista principal o subcontratista debe pagar al subcontratista, a más tardar 10 días después de recibir cada pago parcial -a menos que se acuerde lo contrario por escrito-, los montos respectivos autorizados al contratista a causa del trabajo realizado por los subcontratistas (en la proporción que corresponda).

En caso que surja una disputa de buena fe sobre la totalidad o parte del monto adeudado por el contratista principal a un subcontratista, el primero no podrá retener más del 150% del monto en disputa. Cualquier violación a esta garantía constituirá causa de acción disciplinaria¹⁷ y sujetará al licenciario a una sanción, pagadera al subcontratista, del 2% de la cantidad adeudada por cada mes que no se efectúe el pago¹⁸.

Finalmente, la norma dispone que la acción para el cobro de fondos indebidamente retenidos, la parte vencedora tiene derecho al pago de los honorarios y costas de su abogado. Estas sanciones son independientes y adicionales a todos los demás recursos, ya sean civiles, administrativos o penales.

¹³ Por ejemplo, en Nueva York, la reclamación debe presentarse dentro de los ocho meses posteriores a la fecha en que se realizó el último trabajo o se suministraron los materiales, a menos que el gravamen sea contra una vivienda unifamiliar, en cuyo caso debe presentarse dentro de los cuatro meses siguientes (Nolo, s/f).

¹⁴ Stimmel law (s/f).

¹⁵ Stimmel law (s/f).

¹⁶ *CA Business & Professions Code § 7108.5 Prime building contractors and subcontractors; payment to subcontractors; withholding payments; violation; penalty.*

¹⁷ Las acciones disciplinarias son competencia de la Junta Estatal de Licencias de Contratistas (*Contractors' State License Board*).

¹⁸ La sanción del 2% impuesta al contratista por la violación de los requisitos legales para pagar a los subcontratistas es recuperable por el subcontratista a través de una acción civil o un procedimiento disciplinario ante la Junta Estatal de Licencias de Contratistas (Stimmel law, s/f).

Fuentes jurídicas

- **Chile**

Proyecto de ley que el proyecto de ley que modifica la ley N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, para hacer solidariamente responsable a la empresa principal, o dueña de la obra o faena, del pago de los bienes entregados o servicios realizados por las micro, pequeñas o medianas empresas proveedoras, en las condiciones que indica, boletín N° 14.011-03. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14578&prmBOLETIN=14011-03> (mayo, 2022).

- **Estados Unidos de América**

California CA Business & Professions Code, § 7108.5 Prime building contractors and subcontractors; payment to subcontractors; withholding payments; violation; penalty. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=BPC§ionNum=7108.5 (mayo, 2022).

Texas Property Code, Chapter 53. Mechanic's, Contractor's, Or Materialman's Lien. Disponible en: <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/PR/htm/PR.53.htm> (mayo, 2022).

Referencias

Findlaw (2020). Understanding Mechanic's Liens. Disponible en: <https://www.findlaw.com/realestate/owning-a-home/understanding-mechanic-s-liens.html#:~:text=A%20mechanic's%20lien%20is%20a,remodeling%20or%20improving%20a%20home> (mayo, 2022).

Nolo (s/f). What Is a Mechanic's Lien? Disponible en: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/what-is-a-mechanics-lien.html> (mayo, 2022).

Stimmel law (s/f). Penalties for Failure to Pay Subcontractors. Disponible en: <https://www.stimmel-law.com/en/articles/penalties-failure-pay-subcontractors> (mayo, 2022).

Upcounsel (2021). Contractor Refuses to Pay Subcontractor. Disponible en: <https://www.upcounsel.com/contractor-refuses-to-pay-subcontractor#:~:text=If%20a%20subcontractor%20doesn't,can%20then%20file%20the%20lien> (mayo, 2022).

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)