

DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA N° 41

RECOMENDACIONES PARA USO DE GARANTÍAS EN PROCESOS DE COMPRAS

Las directivas de contratación son recomendaciones para las distintas etapas de los procesos de compras y contratación que realizan los organismos públicos sujetos a la ley N° 19.886. Se formulan de acuerdo a la normativa vigente.

A continuación, se presentan recomendaciones sobre las solicitudes de garantías en los procesos de compra.

1. DEFINICIÓN

Las garantías son instrumentos financieros a través de los cuales se garantiza el cumplimiento de obligaciones contraídas por el tomador del instrumento o un tercero a favor del beneficiario. Los instrumentos más conocidos que se encuentran disponibles en el mercado son la Boleta de Garantía Bancaria, el Vale Vista, la Póliza de Seguro, el Certificado de Fianza, entre otros.

2. OBJETIVOS DE SU USO

Las garantías tienen por objetivo proteger los intereses fiscales y apoyar la gestión de abastecimiento. Son de uso restringido y se utilizan solamente en contratos de mayor cuantía, donde existen mayores riesgos de incumplimientos que pudieran afectar de manera importante la operación del organismo público y la calidad del servicio que se presta a la ciudadanía.

A modo ejemplar, pueden citarse como tipos de contratos de mayor riesgo e impacto, en los que debiesen exigirse tanto garantías de seriedad como de fiel cumplimiento, los relacionados con contratos de ejecución de obras, los de externalizaciones de servicios, o aquellos donde la oportunidad de entrega del bien o prestación del servicio es un factor crítico, por citar sólo algunos ejemplos.

En conformidad al artículo 11 de la ley N° 19.886, las garantías tienen por objeto resguardar la seriedad de las propuestas recibidas en un proceso de compra, así como el fiel y oportuno cumplimiento del contrato adjudicado, en tanto no existan suficientes mecanismos alternativos de mitigación.

Las garantías, además, tratándose de contratos de prestación de servicios, permiten asegurar el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes.

La normativa destaca que las garantías deben ser fijadas en un monto tal que sin desmedrar su finalidad no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta.

Adicionalmente, con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas. Por último, estos instrumentos deben exigirse para caucionar

íntegramente el valor de los anticipos que una entidad compradora eventualmente entregare a un proveedor.

3. TIPOS DE INSTRUMENTOS

Cualquiera sea el instrumento a entregar por los proveedores, aquel debe ser siempre pagadero a la vista y tener el carácter de irrevocable. Las garantías, en cuanto al tipo de instrumento a utilizar, pueden ser:

- Boleta de Garantía Bancaria: La boleta de garantía es una caución que constituye un banco, a petición de su cliente llamado el "Tomador" a favor de otra persona llamada "Beneficiario" que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario. De acuerdo a la Comisión para el Mercado Financiero, CMF, existen dos maneras de obtener que un banco emita una boleta de garantía para caucionar una obligación de una persona a favor de otra. La primera es que se obtenga la emisión de una boleta con la constitución de un depósito de dinero en el banco por parte del tomador. La otra es que el banco la emita con cargo a un crédito otorgado al tomador, quien suscribe un pagaré u otro título de crédito a favor del banco.¹
- Vale a la Vista: Según explica la CMF, los vales a la vista o vales vista que emiten los bancos por cuenta de terceros, pueden originarse solamente por la entrega de dinero en efectivo por parte del tomador o contra fondos disponibles que mantenga en cuenta corriente o en otra forma de depósito a la vista. Los bancos podrán cobrar comisiones por la emisión de vales a la vista².
- Póliza de Seguros de Garantía: se obtienen por intermedio de una Compañía de Seguros, cuya póliza garantiza el fiel cumplimiento por parte del afianzado de las obligaciones contraídas en virtud del contrato como consecuencia, directa o inmediata, del incumplimiento por parte del tercero, del pago de las obligaciones en dinero o de crédito de dinero y a las cuales se haya obligado el tercero y el Asegurado.
- Certificado de Fianza a la vista: es aquel instrumento otorgado por Sociedades de Garantía Recíproca (SGR), mediante el cual ésta se constituye en fiadora de obligaciones de un beneficiario para con un acreedor, y que se encuentra regulado por la Ley N° 20.179. Este instrumento deberá ser pagadero a la vista, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 68 del reglamento de la Ley N°19.886 (en adelante "el Reglamento"). Las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR) tienen como función ser intermediarias entre la banca y las pymes y otorgar certificados de fianza, documento con el cual la SGR es aval de una pyme frente a un banco. Según explica la CMF, la misión de las SGR no es prestar dinero, sino que, previa evaluación, garantizar a la pyme.³
- Otros instrumentos financieros que puedan ser utilizados como caución.

Cabe señalar que los oferentes y proveedores pueden determinar libremente qué instrumento presentarán para garantizar sus obligaciones, no pudiendo la respectiva entidad compradora coartar o restringir dicha libertad de elección.

Lo anterior, por cuanto los artículos 31 y 68 del Reglamento disponen que las entidades deberán aceptar cualquier instrumento que asegure el cobro de la misma de manera rápida y efectiva,

¹ <https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-article-28936.html>

² <https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-article-28912.html>

³ <https://www.cmfchile.cl/educa/621/w3-propertyvalue-29004.html>

siempre que cumpla con las condiciones dispuestas en dichos artículos (fundamentalmente, que el instrumento sea otorgado a la vista e irrevocable).

Asimismo, debe considerarse que, de acuerdo a las citadas disposiciones, los proveedores pueden otorgar instrumentos de garantía de manera electrónica, los cuales deben ajustarse a la ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.

4. TIPOS DE GARANTÍAS EN CUANTO A SU FINALIDAD

a) Garantía Seriedad de la Oferta

Características	Garantía Seriedad de la Oferta
Objetivo	Garantizar que el oferente mantenga las condiciones de la oferta enviada hasta que se suscriba el contrato, acepte la orden de compra, o bien caucione el fiel cumplimiento de contrato.
Presentación	Previo al cierre de presentación de ofertas y apertura de éstas (suele presentarse conjuntamente con la oferta).
Exigibilidad	<p>De acuerdo al artículo 31 del Reglamento, el otorgamiento de la garantía de seriedad será obligatorio en las contrataciones que superen las 2.000 UTM.</p> <p>Ahora bien, tratándose de contrataciones iguales o inferiores a las 2.000 UTM, la entidad licitante deberá ponderar el riesgo involucrado en cada contratación para determinar si requiere la presentación de garantías de seriedad de la oferta.</p> <p>Por lo tanto, es recomendable que las entidades compradoras eviten exigir las garantías en procesos menores a 2.000 UTM, excepto en casos de alto riesgo o críticos para el cumplimiento de las funciones del servicio. De esta forma, se facilitará una mayor participación de los proveedores, especialmente de empresas de menor tamaño.</p> <p>No obstante lo señalado, en situaciones en donde no sea posible estimar el monto efectivo de la contratación, las entidades compradoras deberán siempre exigir garantías de seriedad de la oferta.</p>
Monto	<p>La normativa legal y reglamentaria vigente no establece un monto o porcentaje para la fijación de la garantía de seriedad. Al respecto, dicha normativa se limita a indicar que las bases deberán establecer el monto, el que sin desmedrar su finalidad no desincentive la participación de oferentes al llamado de licitación.</p> <p>Al respecto, se recomienda establecer en las bases un valor total fijo, en función del monto estimado del contrato y considerando el riesgo involucrado en la compra. Se sugiere, en el caso de estimar necesario solicitar esta garantía, que sea por un valor no superior al 3% del monto estimado del contrato, para evitar generar un desincentivo y potenciales barreras de entrada para los proveedores.</p> <p>La Entidad Licitante deberá solicitar a todos los Oferentes la misma garantía en lo relativo a su monto.</p>
Forma de uso	<p>Puede constituirse en:</p> <ul style="list-style-type: none">• Un documento por el monto o porcentaje total.

	<ul style="list-style-type: none"> • Varios documentos que, en su conjunto, representen el monto o porcentaje a caucionar. <p>Dicha garantía podrá ser tomada por el proveedor contratista por sí mismo o mediante un tercero a nombre éste; en este último caso, lo señalado deberá quedar explicitado por parte del tercero en el mismo documento de garantía o mediante un documento anexo, dentro del plazo señalado por la entidad contratante.</p> <p>En las bases de licitación se debe precisar:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Monto • Moneda o unidad • Plazo de vigencia • La glosa que debe contener (ésta debe hacer referencia al proceso licitatorio particular en que se quieren garantizar las ofertas) • Forma de entrega (deben aceptarse tanto garantías físicas como electrónicas). En el caso de las garantías que no estén disponibles en formato digital o electrónico, podrán enviarse a la Entidad Licitante de manera física, de acuerdo a lo que establezcan en cada caso las bases. • Procedimiento y fecha de devolución • Circunstancias en que se ejecutan <p>Cabe señalar que las definiciones que señalen las bases de licitación no pueden suponer restricciones respecto a un instrumento particular, debiendo aceptarse cualquiera que asegure el cobro de manera rápida y efectiva según las condiciones explicadas en esta Directiva.</p>
Vigencia	<p>Deben ser de corto plazo.</p> <p>En la determinación de su plazo de vigencia deberá considerarse los plazos estimados para la adjudicación y el plazo para que opere la readjudicación.</p> <p>La Entidad Licitante solicitará a todos los Oferentes la misma garantía en lo relativo a su vigencia.</p>
Devolución	<p>La devolución de las garantías de seriedad a aquellos oferentes cuyas ofertas hayan sido declaradas inadmisibles o desestimadas, se efectuará dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución que dé cuenta de la inadmisibilidad, de la preselección de los oferentes o de la adjudicación.</p> <p>Sin embargo, este plazo podrá extenderse cuando en las bases se haya contemplado la facultad de adjudicar aquella oferta que le siga en puntaje a quien haya obtenido la mejor calificación, para el caso que este último se desistiera de celebrar el respectivo contrato (cláusula de readjudicación).</p>

b) Garantía Fiel Cumplimiento de Contrato

Características	Garantía Fiel Cumplimiento de Contrato
Objetivo	Garantizar el correcto cumplimiento por parte del proveedor adjudicado, de todos los compromisos que derivan del contrato.

	<p>Además, en contratos de prestación de servicios, permiten asegurar el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes.</p> <p>Por último, con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas.</p>
Presentación	<p>Al momento de suscribir el contrato. Reemplaza la boleta de Seriedad de la Oferta, en caso de que se haya requerido.</p>
Exigibilidad	<p>El otorgamiento de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato será obligatorio en las contrataciones que superen las 1.000 UTM.</p> <p>Tratándose de contrataciones iguales e inferiores a las 1.000 UTM, la Entidad Licitante podrá fundadamente requerir la presentación de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento, en virtud del riesgo involucrado en la contratación.</p> <p>Se recomienda que, bajo dicho umbral, las entidades eviten exigir garantías, excepto en casos de alto riesgo o críticos para el cumplimiento de las funciones del servicio. De esta forma, se propiciará una mayor participación de los proveedores, especialmente de los de menor tamaño.</p>
Monto	<p>Puede ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Un valor total fijo (el cual debe ser definido en las bases de licitación o en el contrato, según la modalidad de compra que corresponda). • Fijado en función del monto estimado del contrato y del riesgo. • El valor que se determine debe ser entre el 5% y 30% del monto total del contrato. <p>Las entidades compradoras deben considerar, a la hora de fijar el monto de la garantía que, si bien ésta tiene un costo de emisión que inicialmente asume el proveedor en términos comerciales, dicho costo finalmente puede ser absorbido por el organismo comprador, a través de la recepción de ofertas por precios mayores.</p> <p>La Entidad Licitante deberá solicitar a todos los Oferentes la misma garantía en lo relativo a su monto.</p>
Forma de uso	<p>Puede constituirse en:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Un instrumento por el monto o porcentaje total. • Varios instrumentos que, en su conjunto, representen el monto o porcentaje a caucionar. • Las bases que regulen contratos de ejecución sucesiva podrán asociar el valor de las garantías a las etapas, hitos o períodos de cumplimiento. <p>Dicha garantía podrá ser tomada por el proveedor contratista por sí mismo o mediante un tercero a nombre éste; en este último caso, lo señalado deberá quedar explicitado por parte del tercero en el mismo documento de garantía o mediante un documento anexo, dentro del plazo señalado por la entidad contratante.</p> <p>En las bases de licitación y/o contrato se debe precisar:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Monto

	<ul style="list-style-type: none"> • Moneda • Plazo de vigencia • La glosa que debe contener (esta debe hacer referencia al proceso licitatorio particular en que se quieren garantizar las ofertas) • Forma de entrega (deben aceptarse tanto garantías físicas como electrónicas). • Procedimiento y fecha de devolución • Causales para su ejecución y cobro <p>Cabe señalar que las definiciones que señalen las bases de licitación no pueden suponer restricciones respecto a un instrumento particular, debiendo aceptarse cualquiera que asegure el cobro de manera rápida y efectiva según las condiciones explicadas en esta Directiva.</p>
Vigencia	<p>El plazo de vigencia de la garantía de fiel cumplimiento será el que establezcan las respectivas bases.</p> <p>En los casos de contrataciones de servicios, el plazo de vigencia de la garantía no podrá ser inferior a 60 días hábiles después de terminados los contratos. Para las demás contrataciones, este plazo no podrá ser inferior a la duración del contrato.</p>
Cobro	<p>La entidad compradora cobrará la garantía en caso de incumplimiento por parte del Contratista, de las obligaciones que le impone el contrato o de las obligaciones laborales o sociales con sus trabajadores, en el caso de contrataciones de servicios.</p> <p>La garantía se hará efectiva administrativamente y sin necesidad de requerimiento ni acción judicial o arbitral alguna.</p> <p>De acuerdo al artículo 79 ter del Reglamento, el cobro de la garantía es una de las medidas sancionatorias que las entidades podrán aplicar a los proveedores en caso de incumplimiento contractual. Por tal motivo, al igual que el resto de las medidas a aplicar, deberá encontrarse previamente establecida en las bases y en el contrato.</p> <p>Además, la medida deberá ser proporcional a la gravedad del incumplimiento. Asimismo, las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de la medida, en cuya virtud se conceda traslado al respectivo proveedor, a fin de que manifieste sus descargos. En el mismo orden de consideraciones, la medida de cobro de garantía deberá formalizarse a través de una resolución fundada.</p>
Devolución	<p>Se sugiere que la forma en que se practicará la devolución se indique en las bases de licitación o en el contrato, según sea el mecanismo de contratación que concurra, por medio de alguna de las siguientes alternativas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Inmediata</u> o no más de 2 días hábiles, luego de la recepción conforme, en caso de respaldar una obligación puntual, sin consecuencias posteriores. • <u>Parcial</u>, asociada a cumplimiento de hitos o etapas del contrato. Cuando se cumplan estos plazos, no deben pasar más de 2 días hábiles para su devolución.

	<ul style="list-style-type: none"> • <u>A posteriori</u>, definiendo un periodo prudencial, para resguardar que el producto o servicio contratado cumpla su objetivo con eficacia. Cuando se cumplan estos plazos, no deben pasar más de 2 días hábiles para su devolución.
--	--

C) Garantía por anticipo:

Características	Garantía por anticipo
Objetivo	El artículo 11 de la ley N° 19.886 dispone que sólo podrán entregarse anticipos a un contratante, si se cauciona debida e íntegramente su valor.
Presentación	En forma previa al pago del anticipo por parte de la entidad compradora.
Exigibilidad	Toda vez que una entidad compradora pague un anticipo a un proveedor, esto es, toda vez que realice un pago en forma previa a la recepción conforme del bien o servicio. Cabe señalar que el pago de anticipos sólo procederá en la medida que hayan sido autorizados por las respectivas bases de licitación.
Monto	Debe equivaler al 100 % del monto pagado al proveedor por concepto de anticipo.
Forma de uso	En este caso se permitirán los mismos instrumentos establecidos al regular la garantía de cumplimiento. En las bases de licitación y/o contrato se debe establecer expresamente la procedencia de pagar anticipos y la obligación de caucionar dicho anticipo a través de una garantía por el 100 % de aquel.
Vigencia y devolución	La devolución de la garantía por anticipo se efectuará dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la recepción conforme por parte de la Entidad, de los bienes o servicios que el proveedor haya suministrado con cargo al respectivo anticipo.

5. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS PARA EL USO DE GARANTÍAS

Al establecer en sus procesos de compra garantías de seriedad y de fiel cumplimiento, las entidades compradoras deben tomar en consideración que un porcentaje relevante de participación en el mercado de las compras públicas corresponde al segmento de las empresas de menor tamaño (MiPymes). Estas empresas Mipymes presentan mayores dificultades que las empresas grandes para obtener instrumentos financieros como boletas de garantía o vales vista, dado que suelen inmovilizar fondos y generar costos financieros.

Por lo anterior, bajo los umbrales obligatorios establecidos por la normativa, las entidades debieran limitarse a exigir garantías sólo cuando sea estrictamente necesario, a fin de evitar que esas garantías terminen constituyendo barreras de entrada para los proveedores, especialmente los de menor tamaño.

Para definir si bajo los umbrales reglamentarios se requerirá igualmente el otorgamiento de garantías y su monto, se recomienda considerar los siguientes elementos:

- Evaluar caso a caso el riesgo de incumplimiento de los proveedores, en función del tipo de producto y/o las condiciones del servicio requerido, para determinar si la garantía es el instrumento adecuado para resguardar al organismo público.
- Se recomienda no exigir garantías en caso de que los productos o servicios requeridos sean de bajo costo o sean de uso habitual y que, en caso de eventuales incumplimientos, no se afecte el normal funcionamiento del organismo.
- De determinarse que existen otras alternativas que sirvan para resguardar el cumplimiento del contrato, se recomienda priorizar éstas, omitiendo la exigencia de garantías.

Algunas de estas alternativas son las siguientes:

- Pagos asociados a la aprobación de los Informes de Recepción.
 - Multas asociadas a deficiencias en los niveles de servicio (plazo de entrega, contenidos, calidades especificadas, entre otros).
 - Calificaciones negativas al proveedor, cuyos resultados se registran en el sistema de compras públicas.
 - Término anticipado del contrato o suspensión por incumplimiento de niveles de servicio.
- En aquellos procesos en que se estime pertinente exigir una garantía, se recomienda requerir aquella que garantice el fiel cumplimiento, omitiendo la exigencia de garantías de seriedad, por cuanto son especialmente estas últimas las que pueden constituir una barrera de participación para empresas, considerando que los oferentes deben inmovilizar recursos e incurrir en costos financieros, sin siquiera tener certeza acerca del resultado de la licitación.
 - Cabe señalar que, de acuerdo al artículo 11 de la ley N° 19.886, los jefes de servicio serán directamente responsables de la custodia, mantención y vigencia de las garantías solicitadas. Además, el artículo 4° del Reglamento dispone que en el Manual de Procedimientos de Adquisiciones que cada entidad compradora debe dictar, se deberá contemplar un procedimiento para la custodia, mantención y vigencia de las garantías, indicando los funcionarios encargados de dichas funciones, sin perjuicio de la responsabilidad del jefe de servicio.
 - Para evaluar el riesgo, se sugiere construir una matriz de riesgo, en la cual se determinen todos los ítems de riesgos posibles, como el retraso del proyecto y el efecto de dicho retraso en otros proyectos estratégicos, la baja calidad del producto, el desempeño deficiente del equipo de trabajo, incumplimiento de SLAs, etc., y se evalúe el impacto estimado (en caso de suceder el evento riesgoso). En base a dicha matriz se podrá determinar la conveniencia de solicitar garantías y estimar el monto a que esas garantías debieran ascender.
 - Una tercera persona puede tomar la garantía. En este caso es importante que al presentarla el oferente identifique que es para la oferta presentada por su empresa.

6. CASOS DE EXCEPCIÓN:

6.1. Garantías de cumplimiento sobre el 30%

En el caso que la Entidad Licitante establezca en las bases respectivas un porcentaje mayor al señalado en el artículo anterior -de entre el 5% y 30% del monto total del contrato- se requerirá de resolución fundada y deberá justificarse la correspondencia de la garantía requerida con el valor

de los bienes y servicios contratados y con el riesgo de la Entidad Licitante en caso de un incumplimiento por parte del Adjudicatario.

En todo caso, esta garantía no podrá desincentivar la participación de los Oferentes.

6.2. Aumento de garantía de cumplimiento ante oferta potencialmente temeraria

Cuando el precio de la oferta presentada por un Oferente sea menor al 50% del precio presentado por el Oferente que le sigue, y se verifique por parte de la Entidad Licitante que los costos de dicha oferta son inconsistentes económicamente, la Entidad Licitante podrá a través de una resolución fundada, adjudicar esa oferta, solicitándole una ampliación de las garantías de fiel cumplimiento, hasta por la diferencia del precio con la oferta que le sigue.

6.3. Causales de exención de garantía de cumplimiento

En las causales de trato directo del artículo 10 del Reglamento, que a continuación se indican, las entidades compradoras podrán omitir la exigencia de la garantía de fiel cumplimiento, sin perjuicio del monto de la contratación:

- Proveedor único (N° 4);
- Servicios a ejecutarse en el extranjero (N° 5);
- Consultorías estratégicas (N° 7, letra d.);
- Contratos con titulares de patentes o derechos de propiedad (N° 7, letra e.);
- Seguridad y confianza en el proveedor (N° 7, letra f.);
- Bienes adquiridos en el extranjero (N° 7, letra i.); y
- Proyectos de docencia, investigación o extensión (N° 7, letra k.).

Sin embargo, para ello la respectiva entidad compradora deberá acreditar, además:

- Que se contemplan suficientes mecanismos para resguardar el cumplimiento contractual
- Que la contratación se refiera a aspectos claves y estratégicos que busquen satisfacer el interés público o la seguridad nacional, tales como la protección de la salud pública o la defensa de los intereses del Estado de Chile ante los Tribunales Internacionales y Extranjeros.