

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Contratación pública e implementación de políticas públicas, a propósito de las inhabilidades del artículo 4° de la Ley N° 19.886 (Tribunal Constitucional)

*Public procurement and implementation of public policies, regarding
the disabilities of article 4 of law N° 19.886 (Constitutional Court)*

*Comentario de Matías Villarroel Flores**

Santiago, dos de agosto de dos mil veintidós.

(...)

III. IMPLEMENTACION DE POLÍTICAS HORIZONTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

(...)

DÉCIMO OCTAVO: Tradicionalmente, se adjudicaban estos contratos a quienes ofrecían el menor precio posible y cumplían ciertos estándares de calidad exigidos por el respectivo organismo. Sin embargo, en la última década se ha puntualizado que esa eficiencia, eficacia y ahorro si bien implican buscar el mejor “valor por el dinero” (*value for money* o *best value*), ello no lleva necesariamente a adjudicar el contrato a quien efectuó la oferta más baja, sino que deben considerarse además una serie de otros factores para elegir aquella que cumpla de mejor forma con los requerimientos del organismo y de los usuarios finales. De este modo para la adjudicación deben sopesarse diversos factores: el precio, la calidad, el cumplimiento de las normas, los riesgos asociados, el costo total de la vida del producto, el presupuesto, la sustentabilidad y la competencia para lograr la consecución de ciertos bienes de relevancia pública. (Deloitte, (2015) “Economic benefits of better procurement practices”. Disponible: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/au/Documents/Economics/deloitte-au-the-procurement-balancing-act-170215.pdf>)

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Magíster en Derecho Administrativo con mención en Litigación Pública, Pontificia Universidad de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9486-9089>. Correo electrónico: matias.vf.94@gmail.com

DÉCIMO NOVENO: El empleo de la contratación pública como herramienta para implementar políticas públicas resulta ser un fenómeno cada vez más común y ampliamente estudiado (Arrowsmith, Sue (2010): “Horizontal policies in public procurement: a taxonomy”, en *Journal of Public Procurement*, Nottingham University, Vol. 10, Nº 2, pp. 149-186). A través de tal contratación “responsable”, “sostenible” o “estratégica”, como también se le ha denominado, se busca que el Estado influya en los mercados y en el comportamiento de las empresas con las cuales se relaciona para lograr objetivos de interés público. De este modo, mediante las denominadas “políticas horizontales”, “socioculturales” o “secundarias” el Estado busca asegurar el cumplimiento de leyes generales o, incluso, establecer exigencias que van más allá del marco legal, como pagar remuneraciones “justas”; asegurar la igualdad de género en la contratación; luchar contra la corrupción; apoyar a las pymes; luchar contra el desempleo; integrar personas con discapacidad; propiciar el comercio justo, la eficiencia y ahorro energético; proteger el medio ambiente; impulsar el ahorro energético, la innovación y el desarrollo tecnológico, etc.

Tales políticas horizontales pueden incidir en la decisión o no de contratar; en establecer distintos criterios para evaluar con mejor puntaje a quien cumpla con ciertos objetivos; en establecer ciertas condiciones de consumo de un producto o servicio; en fijar medidas de producción, entrega y disposición para disminuir ciertos impactos en la fabricación o entrega del producto o servicio; en limitar el acceso a algunos contratos para incentivar a quienes observen la ley y castigar a quienes la vulneren sin que estos últimos puedan acceder a los contratos públicos en aras de proteger ciertos bienes jurídicos, etc.
(...)

VIGÉSIMO SEGUNDO: En cuanto a las directrices que provengan de organismos internacionales que vinculan a nuestro país, no puede obviarse que la Asamblea General de ONU, de 25 de septiembre de 2015, aprobó la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Se trata de un plan de acción conformado por 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas para poner fin a la pobreza, proteger el medioambiente y combatir el cambio climático, propender al progreso económico y la paz, entre otras aspiraciones. Teniendo en cuenta las distintas realidades, capacidades y nivel de desarrollo de cada país, dentro de los Objetivos de Desarrollo Sustentable se encuentra el de “promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales” (Nº 12), lo cual importa incluir criterios de sostenibilidad en sus legislaciones de compra pública, lo que es un típico ejemplo de una política horizontal; y el Nº8, sobre “trabajo decente y crecimiento económico”, tiene entre sus metas “promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de puestos de trabajo decentes, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y fomentar la formalización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, incluso mediante el acceso a servicios financieros”, políticas de fomento que pueden ser impulsada a través de la contratación pública.
(...)

VIGÉSIMO TERCERO: Conforme a lo ya expuesto, cabe concluir que la tendencia mundial es que la contratación pública “*no puede concebirse exclusivamente como una herramienta de aprovisionamiento de los poderes públicos, sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la promoción de la innovación, el fomento de las Pymes o la sostenibilidad social y ambiental*” (Gallego Córcoles, M. I., 2017, “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa*, (4), p. 93).

VIGÉSIMO CUARTO: De lo anterior resulta que, entre las diferentes políticas horizontales que pueden adoptarse en la contratación pública, existen múltiples razones para que el Estado exija contratar sólo con empresas que cumplan con las leyes laborales -como exige el precepto legal impugnado en estos autos constitucionales- de manera de evitar asociar al Estado con comportamientos ilícitos que vulneren los derechos de los trabajadores. Ello puede lograrse proporcionando incentivos adicionales al cumplimiento de la ley, para evitar así vulneraciones legales en el cumplimiento del contrato y garantizar una competencia justa, entre otras razones, (Arrowsmith, p. 154). En nuestro sistema jurídico la finalidad de la sanción se puede sintetizar en las siguientes razones:

- a.- *Aseguramiento de libre competencia*, cuestión que se tuvo a la vista y que consta en la historia legislativa de este precepto, en la moción que dio origen a la Ley N° 20.238, que incluyó este artículo a la Ley N° 19.886, se razonó que: “el óptimo funcionamiento de estos mecanismos, además, precisa la libre competencia entre los proveedores, la que se ve dificultada y entorpecida por actitudes desleales en algunos oferentes que, mediante la violación de las leyes laborales, sociales y tributarias, consiguen mejorar sus costos y tener así mayores posibilidades de éxito en las licitaciones y convocatorias.” (Historia de la Ley, pp. 4-5).
- b.- *Reputación y buena fe en la contratación con el Estado*: La provisión de bienes y servicios del Estado tiene ciertas particularidades que hacen imprescindible le que, además del establecimiento de licitaciones públicas, igualitarias y transparentes, se garantice que quienes contratan con el Estado cumplan la legislación y los contratos plenamente y de buena fe.
En primer lugar, porque se paga con recursos públicos; en segundo lugar, porque la mayoría de las veces la contratación está ligada con políticas públicas, servicios públicos, y en general con asuntos de bien común que requieren de calidad y continuidad. Las empresas que contratan con el Estado deben garantizar el cumplimiento de la legislación y la buena fe en el cumplimiento de las cláusulas contractuales. La condena por prácticas antisindicales es un indicio de que la empresa en cuestión no sólo infringe las normas laborales, sino que además hace uso de maniobras ilícitas y vulnera derechos fundamentales (incluyendo la libertad sindical). Normas de este tipo se han incluido progresivamente en la legislación, y algunas de ellas han sido revisadas por el Tribunal Constitucional, como ocurrió con el proyecto que introdujo la televisión digital (STC 2645).
- c.- *Incentivo económico para el cumplimiento de legislación laboral*: El establecimiento de esta inhabilidad constituye un poderoso incentivo para que las empresas cumplan

la legislación laboral y, al mismo tiempo, es una medida altamente eficiente, pues fomenta el cumplimiento de la ley y disminuye la presión en la fiscalización de la misma, ya que las empresas estarán interesadas en no ser condenadas por prácticas antisindicales o por vulnerar los derechos fundamentales de sus trabajadores.

(...)

Rol Nº 12.264-21-INA

COMENTARIOS

Los considerandos transcritos corresponden a parte de la sentencia del Tribunal Constitucional que vino a cambiar el criterio respecto de las inhabilidades para contratar con el Estado del artículo 4º, inciso primero, de la Ley Nº 19.886, pues antes estaba establecida en ese tribunal una postura favorable a la declaración de inaplicabilidad, resolviéndose en esta oportunidad el rechazo del requerimiento.

De esta manera, el presente comentario jurisprudencial se centrará en examinar la concepción que tiene el Tribunal Constitucional acerca de la contratación pública, quien la apunta como una herramienta cuyo objetivo no solo es proveer de bienes o servicios a la administración, sino que, además, permitiría la implementación y promoción de políticas públicas.

I. *Los cambios en la composición del Tribunal Constitucional, el origen de la variación jurisprudencial*

La sentencia del Tribunal Constitucional a la que nos referimos es la Rol Nº 12.264-21-INA, cuyo origen es la inaplicabilidad presentada por una empresa en una causa de tutela laboral, siendo el primer fallo respecto de las inhabilidades del artículo 4º de la ley de compras públicas que se dictó tras los cambios producidos el año 2022 en la integración del tribunal a raíz de la designación de las ministras Nancy Yáñez y Daniela Marzi, dándose paso a la conformación de nuevas mayorías en materias tales como la analizada.

De esta forma se da paso a una nueva postura mayoritaria que opta por desestimar la declaración de inaplicabilidad de esas normas, bloque compuesto en su momento por las ministras antes mencionadas, y por los ministros Silva, Pozo y Pica, pese a que, siendo los requirentes Órganos de la Administración del Estado, o particulares que ejercen funciones públicas, este último ministro, bajo sus propios argumentos, en varias ocasiones se inclinó por acoger la inaplicabilidad¹.

¹ Al respecto, véanse los votos disidentes del ministro Rodrigo Pica contenidos en las sentencias Roles Nºs 12.583-2021-INA, y 13.311-2022-INA. Se tratan de requerimientos de inaplicabilidad presentados por un notario, y por la Universidad de Chile, respectivamente. En el primero de estos fallos el exministro Pica estuvo por acoger la inaplicabilidad, teniendo en cuenta la naturaleza pública de la función notarial, apuntando a los notarios como auxiliares de la administración de justicia y agentes del Estado, y calificando

No obstante, se debe precisar que la tesis sostenida por este bloque no es nueva, pues ya formaba parte del voto disidente de ministros que se mostraban reticentes a la declaratoria de inaplicabilidad, y cuya argumentación también se enfocaba en el rol de la contratación pública en la implementación de las políticas públicas, como se puede apreciar de la sentencia Rol N° 3570-17-INA, fallo que dio comienzo a la antigua línea jurisprudencial predominante en la magistratura constitucional.

II. *La contratación pública como herramienta de promoción e implementación de políticas públicas*

Realizadas las explicaciones previas, el primer punto que resulta pertinente anotar es que el Tribunal Constitucional para explicar el rol que cumple la contratación pública en la implementación de políticas públicas recurre al argumento de que la Administración del Estado por medio de su actividad contractual, no solo debe buscar la oferta más conveniente desde un punto de vista económico y técnico, sino que también debe considerar otros factores orientados a la consecución del interés general. Es decir, el eje de su tesis son las denominadas compras públicas estratégicas, responsables o sostenibles, concepto empleado ya desde hace algunos años en la Unión Europea, y que implica el empleo de la contratación como un medio para conseguir objetivos no económicos, principalmente, sino de tipo social y medioambiental².

Según el tribunal las políticas horizontales pueden repercutir en la decisión de contratar o de no hacerlo, manifestándose en distintos momentos del iter contractual, como en la evaluación de las ofertas –introduciendo criterios relacionados con el objetivo a cumplir–, incorporando condiciones contractuales, o mediante la restricción del acceso a la contratación a quienes vulneren la ley.

III. *Cláusulas sociales en la contratación pública, a propósito de las inhabilidades del artículo 4° de la Ley N° 19.886*

Lo descrito en el acápite anterior acontece con las inhabilidades del artículo 4° de la Ley N° 19.886, las que impiden contratar con el Estado a quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales, por infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por la comisión de delitos concursales establecidos en el Código Penal, en los términos establecidos en ese precepto.

Por ello, la magistratura constitucional declara que en la gestión judicial pendiente, las inhabilidades del artículo 4°, inciso primero, de la ley de compras públicas son acordes

su función como de servicio público. En cambio, en la segunda sentencia el voto disidente de Rodrigo Pica se fundó en la pertenencia de esa universidad a la orgánica de la Administración del Estado, lo que a su juicio impediría que se le califique como a cualquier otro contratista del Estado, indicando que se trataría de un contratista que forma parte del Estado mismo.

² GIMENO, José María, 2013: “Compra pública estratégica”, en PERNAS, Juan José (Dir.): *Contratación pública estratégica*, Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 45-82, p. 52.

con la Carta Fundamental, validando tal decisión denotando la relevancia que detentan en la contratación pública las denominadas cláusulas sociales, las que son definidas como “todo tipo de estipulación, normativa o contractual, en virtud de la cual se establecen compromisos específicos (obligaciones) de índole social y laboral en cualquiera de las fases del proceso de contratación pública”³, y que en el caso de las inhabilidades descritas toman la forma de un requisito previo a la contratación.

IV. Reflexiones acerca de la sentencia analizada

No cabe duda alguna de que la contratación pública no es simplemente un medio de provisión de bienes o servicios, sino que, en conformidad con el mandato impuesto por el derecho a la buena administración, esa actividad contractual también debe orientarse a la satisfacción de necesidades públicas y a la promoción del bien común⁴. En esos términos, resulta destacable la postura del Tribunal Constitucional de concebir a ese tipo de actividad formal de la administración como una herramienta de implementación de políticas públicas, y como un mecanismo de protección de los derechos del trabajador, por cuanto aquello es una tarea que es de resorte de los poderes públicos, los que precisamente están destinados a mejorar la calidad de vida de la ciudadanía por medio de sus diversas técnicas⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, la argumentación desarrollada por el Tribunal Constitucional poco se hace cargo de que la inhabilidad para contratar no es la única forma de manifestación de las cláusulas sociales, ello pese a que contradictoriamente la sentencia en variadas ocasiones recalca que lo buscado por las compras estratégicas es generar incentivos, o motivaciones adicionales al cumplimiento de la legislación laboral, ambiental o de otra índole, lo que por cierto igualmente podría ser conseguido empleando las cláusulas sociales en otras etapas del *iter* contractual⁶.

Por esta razón, sería más conveniente, por ejemplo, incluir los supuestos previstos en el artículo 4º de la Ley Nº 19.886 como criterios a evaluar, o como una condición para la ejecución del contrato. Otra fórmula aconsejable sería introducirlos como una cláusula contractual que busque incentivar al proveedor, o prestador, a no incurrir en tales hipótesis, so pena de aplicarle multas o de proceder a poner término anticipado al contrato.

³ MOLINA, Cristóbal, 2016: “Cláusulas sociales, contratación pública: Del problema de ‘legitimidad’ al de sus ‘límites’”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* Nº 135, pp. 79-110, p. 92.

⁴ GIMENO, José María, 2013, pp. 47-48.

⁵ RODRÍGUEZ-Arana, Jaime, 2023: “Profesionalización en la contratación pública”, en Rodríguez-Arana, Jaime y Díaz, Enrique (Dir.), *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant lo Blanch, pp.19-45, p. 23.

⁶ En relación con esto véase a Díez, Silvia, 2017: “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 21, pp. 129-219, p. 20; y a Molina, Cristóbal, 2016, p. 92.

En definitiva, y toda vez que el fallo de manera reiterada hace alusión a la experiencia europea, en este también se debería haber tenido presente que la práctica en ese continente revela que la fórmula de incluir los criterios sociales en las condiciones de ejecución del contrato o en los criterios de selección es la más utilizada y, para algunos, también la más conveniente⁷.

Además, debe hacerse presente que en el tipo de cláusula social adoptada en el artículo 4º de la Ley N° 19.886 se advierte una latente y peligrosa pugna con el principio de libre concurrencia previsto en el artículo 9º de la Ley N° 18.575, de la que ha de tenerse especial cuidado, toda vez que en la contratación pública, de por sí, existe siempre una indiscutible tensión entre el servicio al interés público y el anotado principio⁸.

En concordancia con lo que se ha señalado, resultaría conveniente que la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública se guíe por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que ante una infracción no existiera una única alternativa de reacción, como sucede con el comentado artículo 4º de la Ley N° 19.886⁹.

En resumen, el Tribunal Constitucional de manera muy acertada comprende que la contratación pública, además de proveer de bienes o servicios a la administración, constituye un mecanismo que, en busca del interés general y de la satisfacción de necesidades públicas, permite al Estado implementar políticas públicas y, de tal forma, se manifiestan como la herramienta más adecuada para conseguir, con respeto al principio de juridicidad, un mayor compromiso social¹⁰.

Pero no puede dejar de obviarse que para lograr tales objetivos existen fórmulas de cláusulas sociales menos riesgosas que la adoptada por el artículo 4º de la Ley N° 19.886, por lo que sería más conveniente que las cláusulas sociales se manifiesten en otras etapas del iter contractual, y que no se constituyan como un requisito que impida a quienes incurran en esas conductas contratar con la Administración del Estado.

⁷ Acerca de este punto revítese a Díez, Silvia, 2017, pp. 201-202.

⁸ GALLEGOS, Isabel, 2021: "Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea", en *Revista Ius Et Veritas*, N° 62, pp. 82-97, p. 83.

⁹ FLORES, Juan Carlos, 2018: "Inhabilidad para contratar con el Estado: Comentario de los fallos del Tribunal Constitucional Rol N° 3570 y Rol N° 3702, de 2018", en *Sentencias destacadas-Libertad y Desarrollo*, pp. 341-358, pp. 346-347.

¹⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, 2023, p. 25.

