



Contratación Pública y Derechos Laborales

En la sentencia no sólo queda en evidencia el uso creciente del principio de proporcionalidad como test clave a la hora de evaluar las intromisiones del Estado regulador en derechos fundamentales, sino que destaca el voto de minoría que establece el correcto entendimiento del concepto de Orden Público Económico.

El Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado recientemente en STC Rol N° 1968-2011, respecto de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida por la Sociedad Starco S.A. impugnando el N°1, letra a), del artículo único de la Ley N° 20.238 que agregó a la Ley N° 19.886 denominada doctrinalmente de “Compras Públicas”, la norma que se refiere a la exclusión de ofertas en licitaciones o contratación directa con el Estado de empresas que hayan sido condenadas por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años.

En la sentencia –que rechaza el requerimiento– no sólo queda en evidencia el uso creciente del principio de proporcionalidad como test clave a la hora de evaluar las intromisiones del Estado regulador en derechos fundamentales –lo que lleva a tomarse en serio la evaluación de cada uno de los razonamientos con que se examina paso a paso sus componentes por parte del TC–, sino que destaca el voto de minoría que establece de manera muy contundente el correcto entendimiento del concepto de Orden Público Económico (OPE) –el que pudiera servir en un fallo próximo– y, en la controversia de la especie, califica como de suyo inconstitucional la norma impugnada.

1. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

El artículo 93° de la Constitución Política de la República (CPR) establece en su inciso primero numeral seis que es atribución del Tribunal Constitucional resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal

El artículo 93° de la Constitución Política de la República establece en su inciso primero numeral seis que es atribución del Tribunal Constitucional resolver, por la mayoría de sus miembros, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión resulte contraria a la Constitución.

cuya aplicación en cualquier gestión, se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. Asimismo, la norma en su inciso undécimo establece que la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto; y que corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

2. Gestión judicial pendiente y fundamento de inaplicabilidad

La Sociedad Starco S.A. pide al TC declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del N° 1, letra a), del artículo único de la Ley N° 20.238, que agregó una oración final al inciso primero del artículo 4° de la Ley N° 19.886, conocida como Ley de Compras Públicas. El precepto impugnado dispone: “*Artículo único.- Modifícase la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y de Prestación de Servicios, de la siguiente forma: Modifícase el artículo 4°, del siguiente modo... Agrégase, al final del inciso primero, después del punto aparte (.) que pasa a ser punto seguido (.), la siguiente oración: “Quedarán excluidos quienes, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años.”*”

La gestión pendiente invocada es un proceso de protección que substancia actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 416, 2011), deducido en contra de la Dirección de Compras y Contratación Pública y de la Dirección del Trabajo, con el objeto de que la requirente fuera reincorporada al Registro Electrónico Oficial de Contratistas de la Administración para participar en una licitación, exclusión producida como



La parte requirente estima que la aplicación de la disposición impugnada vulnera el numeral 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

consecuencia de haber sido condenada en sede de tutela laboral por infracción de derechos fundamentales de uno de sus trabajadores.

La parte requirente estima que la aplicación de la disposición impugnada vulnera el numeral 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en lo relativo a la interdicción de la discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; el numeral 2° del mismo artículo, en lo referido a la igualdad ante la ley, y, finalmente, su numeral 3°, en cuanto al derecho al debido proceso y al principio del “*non bis in idem*”, por cuanto la sanción de prohibición de contratar con la administración por quien haya sido condenado por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, es constitutiva de una sanción adicional, con respecto de aquellas que ya se habían impuesto por el mismo hecho o conducta en el proceso de tutela.

3. Contenido de las sentencia

Tras realizar una breve descripción del conflicto de constitucionalidad y analizar aspectos relevantes del registro de contratistas de la administración, el TC entra al fondo del asunto haciéndose cargo, en primer lugar, y en el argumento más sustancial invocado, de la infracción alegada en materia de igualdad ante la ley y la no discriminación del Estado en materia económica, determinando: “*si la diferencia (o asimilación) carece de un fundamento razonable que pueda justificarla, lo que se traduce en examinar si resulta necesaria e idónea para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador en una perspectiva de proporcionalidad, y si la diferencia es tolerable para el destinatario*”. (c. 15°). Se trata entonces de evaluar dicha infracción bajo el denominado test de proporcionalidad.

Tras analizar las finalidades que han animado al legislador no sólo respecto de la Ley N° 20.238 –atendiendo a la historia de la ley–, sino a otras normas –por ejemplo Ley N° 20.123 que regula el trabajo en régimen de subcontratación– que han buscado “*...proteger más eficazmente los derechos*

Continúa la sentencia agregando que esta inhabilidad debe comprenderse como una “regla de Orden Público Económico”, concepto que “refleja valores como la libertad de contratar, actuando preventivamente hacia el futuro y sin afectar relaciones jurídicas ya consolidadas”, pero también constituye “un límite al ejercicio de tales derechos”.

fundamentales de los trabajadores, que no sólo abarcan aquellos derechos específicamente laborales (libertad sindical, justa retribución, etc.) sino que, también, aquellos derechos denominados “inespecíficos”, propias de toda persona, y cuyo respeto en el ámbito de la empresa se ha querido reforzar de un modo especial” (c. 27°), y señalar que hoy en día “los derechos fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva sino que, también, una naturaleza objetiva que los erige en la columna vertebral del ordenamiento jurídico positivo” (c. 29°), pasa a resolver si la medida de impedir que contrate con la Administración quien ha sido condenado, en virtud de una sentencia judicial ejecutoriada, por infracción a derechos fundamentales, resulta idónea en vista de dicha finalidad (c. 30°).

El TC resuelve que lo es fruto de la tendencia progresiva a proteger los derechos del trabajador, lo que se ha traducido en la aprobación de un conjunto de normativas que tienden a asegurar su plena eficacia (c. 31°); y que la inhabilidad consagrada es el efecto de una sentencia judicial ejecutoriada –no de una apreciación o juicio de la Dirección del Trabajo o de la Dirección de Compras y Contratación Pública–, que persigue evitar la repetición de conductas lesivas a los derechos de los trabajadores (c. 32°).

Finalmente, yendo al último elemento del test, el TC señala que la inhabilidad que ha acarreado para la empresa la aplicación de la norma impugnada, “no puede estimarse excesivamente gravosa para ella, si se tiene presente que ella no podía desconocer la obligación de respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores y las consecuencias que su infracción podía generar en su calidad de contratante con la Administración del Estado” (c. 36°).

Continúa la sentencia agregando que esta inhabilidad debe comprenderse como una “regla de Orden Público Económico”, concepto que “refleja valores como la libertad de contratar, actuando preventivamente hacia el futuro y sin afectar relaciones jurídicas ya consolidadas”, pero también constituye “un límite al ejercicio de tales derechos” (c. 37°).

Descarta asimismo la infracción al principio *non bis in idem*, invocando el precedente ya establecido en la materia (Rol N° 1141-09; c. 11°).



4. Voto de minoría

La sentencia objeto de análisis fue acordada con el muy contundente voto en contra de tres Ministros (Bertelsen, Navarro y Aróstica), que concluyen que se trata de una norma legal de suyo inconstitucional (N° 20), en virtud de los siguientes argumentos.

La sentencia objeto de análisis fue acordada con el muy contundente voto en contra de tres Ministros, que concluyen que se trata de una norma legal de suyo inconstitucional.

Primero, porque la inspiración original de la norma decía relación con (a) inhabilitar a las empresas que reiteradamente infringen la ley sin recibir sanción alguna, e (b) impedir la competencia desleal de aquellas empresas incumplidoras de las leyes sociales y laborales que, así, bajan sus costos y consiguen ventajas en las licitaciones a que convoca el Estado (N° 1); y porque la reciente legislación administrativa chilena, en vez de incapacitarlos para contratar *“instan a que los contratistas se pongan al día en sus compromisos laborales y previsionales, a que subsanen los incumplimientos que los afectan, a través de calificaciones susceptibles de ser consideradas en futuras licitaciones y adjudicaciones”* (N° 2).

Asimismo –y en uno de los considerandos más contundentes del último tiempo y que debiese ser aplaudido por los partidarios de una sociedad libre–, se rechaza que la norma impugnada guarde relación con el concepto de orden público económico, el cual debe entenderse como *“el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común... De modo que sin invertir estos términos, desvirtuando su genuino significado, debe rechazarse toda proposición que propugne la utilización del orden público económico como una fuente constrictora de la libertades”* (N° 7).

esa sola consecuencia generada, cualquier acto o conducta deviene susceptible de una única sanción, sin importar sus características intrínsecas, entidad, trascendencia ni gravedad” (N° 13); y que, en la especie, se consagra *“una sanción de interdicción con ejecución directa e inmediata, acto de suyo”*



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Se trata de un fallo de la mayor importancia en materia de libertad económica; no por el signo de la mayoría -el rechazo-, sino por la contundencia del voto de minoría, tanto desde la perspectiva de los principios de una sociedad libre como de sensatez en materia de políticas públicas.

Finalmente, considera la norma un “castigo desproporcionado” que “desborda los límites que debe respetar el Legislador a la hora de perseguir y castigar a quienes cometen ilícitos” (N° 8); norma que “no identifica positivamente ningún supuesto en que puede subsumirse alguna específica infracción, sino que alude a los hechos reprochados solo por el efecto negativo que han producido conforme a un criterio de valoración. De modo que, por esa sola consecuencia generada, cualquier acto o conducta deviene susceptible de una única sanción, sin importar sus características intrínsecas, entidad, trascendencia ni gravedad” (N° 13); y que, en la especie, se consagra “una sanción de interdicción con ejecución directa e inmediata, esto es que opera por el solo ministerio de la ley y sin más trámite, habida cuenta que se valida y surte efectos con su sola comunicación, suerte de *ex opere operato*, independientemente de la conducta del afectado” (N° 16).

Conclusiones

Se trata de un fallo de la mayor importancia en materia de libertad económica, no por el signo de la mayoría -el rechazo-, sino por la contundencia del voto de minoría, tanto desde la perspectiva de los principios de una sociedad libre como de sensatez en materia de políticas públicas.

En efecto, no parece sólido el análisis de proporcionalidad que efectúa la sentencia para llegar a rechazar la acción; por ejemplo, parece bastante obvio que la inhabilidad entendida como prohibición tiende a tener un efecto extraordinariamente gravoso en términos de derechos fundamentales atendida la existencia de otras técnicas de “castigo” como lo serían el descuento de puntos, la reiteración de infracciones (que se tratara de una conducta sistemática) o afectara futuras postulaciones; algunos de ellos argumentos entregados por la minoría.



Asimismo, el intento de la minoría por despejar el sentido genuino de orden público económico es de gran valor considerando que, hoy en día, es utilizado con total discrecionalidad por el legislador y el administrador para justificar intromisiones reguladoras que el concepto busca limitar o derechamente rechazar; pues, como sabemos, el OPE es un concepto que busca no justificar toda acción regulatoria, sino preservar una esfera de autonomía en el ámbito económico a los particulares frente a la intervención estatal ilegítima.

FICHA*:

Rol N° 1968-2011, pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Redactó la sentencia la Ministra señora Peña y la disidencia, el Ministro señor Aróstica.