

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO Y RESTRICCIÓN DE LIBERTADES ECONÓMICAS

JOSÉ LUIS LARA ARROYO
CAROLINA HELFMANN MARTINI

RESUMEN: Este comentario recae en una Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de mayo de 2012, pronunciada en sede de inaplicabilidad. Esta sentencia declara ajustada a la Constitución la inhabilidad para contratar con el Estado consistente en haber sido condenado por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los dos años anteriores a la presentación de las ofertas o suscripción de la respectiva convención, prevista en el artículo 4º inciso primero de la ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Los fundamentos para fallar de tal manera son, entre otros, que la norma impugnada constituiría una disposición de orden público. En consecuencia, se efectuará un análisis crítico del aludido pronunciamiento, en cuanto importa la validación de una intromisión del legislador que podría ser considerada como indebida al imponer barreras exógenas a la eficiencia y eficacia que debe conducir los procesos de adquisiciones o compras públicas llevados por la Administración del Estado. Pudiendo ser afectados principios libertarios y garantísticos de los particulares y como tales cuidadosamente desarrollados por el derecho administrativo sancionador, y a su vez, configuradores de todo debido proceso, como en la especie acontece con el *non bis in idem*, no discriminación, tipicidad del ilícito administrativo, proporcionalidad, entre otros. Así, se revisará, confrontándolo con la legislación y práctica comparada de la Unión Europea, como el legislador nacional paulatinamente ha introducido estos criterios en los procesos de compras públicas, ya sea imponiendo condiciones para contratar o bien favoreciendo ponderaciones de las ofertas. En la práctica, ello podría significar una infracción a principios fundamentales de la contratación pública como la libre concurrencia y la igualdad que debe existir entre los oferentes y como señala el voto disidente redactado por el ministro Aróstica Maldonado, se pretende rechazar “toda proposición que propugne la utilización del orden público económico como una fuente constrictora de libertades”.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sobre los aspectos sustantivos de la sentencia: el voto de minoría y la afectación de libertades para contratar con el Estado. 2.1 Antecedentes de la causa. 2.2 La decisión del Tribunal Constitucional. 2.3 El voto

disidente. 2.4 Implicancias de la sentencia. 3. La incorporación de factores “exógenos” a la contratación pública. 3.1 En el ordenamiento nacional. 3.2 Derecho de la Unión Europea. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Con entusiasmo recibimos la invitación cursada para contribuir en esta, una publicación ya consolidada en nuestro medio jurídico, en tanto importa un comentario a una sentencia destacada en el ámbito de las compras públicas en Chile. En dicho contexto, nos corresponde referirnos a una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional que entra derechamente a efectuar la revisión de la constitucionalidad de las denominadas “inhabilidades para contratar con el Estado” previstas en la ley 19.886 sobre contrato de suministro y prestación de servicios (“Ley de Compras”).

Como es sabido, la Contratación Administrativa importa una herramienta de la Administración del Estado ineludible para satisfacer necesidades públicas concretas y, en definitiva propender a la promoción del bien común, fin último del Estado. De esta manera, dicha contratación supone un actuar bilateral de un ente administrativo (entidad licitante) en colaboración con un privado (proveedor) que, en términos generales, suministra un determinado bien o prestará un servicio.

Dicha contratación supone la adquisición, por parte del Estado, de determinados bienes y servicios propendiendo a la mayor eficiencia y eficacia posible tanto desde el punto de vista de la condición económica como de la calidad o características de los bienes o servicios prestados. Desde el punto de vista de la contratación propiamente tal, esta descansa, entre otros, en los principios de libre concurrencia, igualdad entre los oferentes, legalidad de las bases y licitación pública en lo que al concurso de selección de oferentes se refiere, conforme a las normas previstas tanto en la ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado como en la ley 19.886.

De ahí, no puede sino llamarnos la atención que el legislador lentamente haya ido incorporando ciertas condiciones que impiden contratar con el Estado (inhabilidades) que van más allá del objeto propio de la contratación, que cómo hemos reseñado, supone la ad-

quisición de un bien o servicio en las mejores condiciones desde un punto de vista de su precio y su adecuación a la necesidad pública que se pretende satisfacer.

La referida práctica, podría suponer, como veremos, una suerte de direccionamiento de la actividad económica o intromisión inadecuada en la relación de colaboración Estado-particular que incardina la contratación pública. Ello sin perjuicio de la consideración de limitaciones adecuadas al orden público económico que se podría también establecer.

Por lo anterior, enseguida procederemos a revisar y comentar la sentencia del Tribunal Constitucional que valida la constitucionalidad de la existencia de condenas por prácticas antisindicales o afectación a los derechos fundamentales del trabajador como inhabilidades para contratar con el Estado, con las consecuencias inherentes a ello.

2. SOBRE LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA SENTENCIA: EL VOTO DE MINORÍA Y LA AFECTACIÓN DE LIBERTADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

2. 1 Antecedentes de la Causa

Con fecha 15 de mayo de 2012 el H. Tribunal Constitucional ("TC") dictó un fallo (Causa rol 1968-11) en el cual rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por Starco S.A. en contra de la norma prevista en la ley 19.886 de Bases de los Contratos Administrativos de Suministro y de Prestación de Servicios, de acuerdo a la cual quedan excluidas de contratar con el Estado aquellas personas naturales y jurídicas que al momento de presentar la propuesta o de suscribir la convención, según la modalidad bajo la cual se está operando, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, hasta con un límite de dos años hacía atrás.

El motivo que originó esta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se encuentra en los efectos originados por una condena impuesta en contra de la sociedad Starco S.A. por parte del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago por infracción a los derechos

fundamentales del trabajador¹. De acuerdo a lo previsto en el artículo 495 inciso final del Código del Trabajo, los Juzgado de Letras del Trabajo deben remitir la sentencia condenatoria a la Dirección del Trabajo para que esta sea incluida en el registro de empresas condenadas por vulneración a los derechos fundamentales de los trabajadores. El mencionado Juzgado del Trabajo cumplió con esta obligación lo que trajo como consecuencia que la Dirección de Compras y Contratación Pública (“Chilecompra”) procediera a catalogar a la empresa Starco S.A. como “No Hábil” para contratar con el Estado.

La acción adoptada por Chilecompra se enmarca en la mencionada norma contenida en el artículo 4º inciso primero de la ley 19.886 de Bases de los Contratos Administrativos de Suministro y de Prestación de Servicios que establece lo siguiente:

“...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”.

Esta norma, fue introducida por el N° 1 letra a) del artículo único de la ley 20.238, publicada en el *Diario Oficial* de 19 de enero de 2008, que agrega una oración final en el inciso primero del señalado artículo 4º.

Frente a la situación descrita, la sociedad Starco S.A. interpuso un recurso de protección en contra de la Dirección de Compras y Contratación Pública por haberlos excluido del Registro de Contratistas. Encontrándose pendiente dicho recurso de protección (rol 416-2011), se presentó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, presentando como gestión pendiente la referida acción constitucional, fundado principalmente en dos antecedentes.

¹ De acuerdo a lo señalado por la Inspección del Trabajo: “Los derechos fundamentales son aquellos derechos inherentes a la persona, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente, es decir son los derechos humanos positivizados. También pueden conceptualizarse –los derechos fundamentales– como aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”. Disponible en línea en: <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-65192.html>

El primero de ellos, la vulneración al artículo 19 N° 22 de la Constitución Política de la República en relación al artículo 19 N° 2 de la misma, por cuanto se debe asegurar a todas las personas la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica.

El segundo argumento, sería la infracción al artículo 19 N° 3 en relación al principio *non bis in idem*, infracción al principio de proporcionalidad e infracción al debido proceso, ya que como consecuencia y de manera adicional a la sanción interpuesta por el Tribunal Laboral, se genera una segunda sanción consistente en la inhabilidad decretada por Chilecompra para contratar con el Estado. Se trataría así de una sanción adicional y de aplicación automática que no respetaría la densidad proporcional entre el injusto cometido y las sanciones aplicadas.

2.2. La decisión del Tribunal Constitucional

Con fecha 15 de mayo del 2012, el Tribunal Constitucional rechazó la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Para fundamentar su decisión, el Tribunal se hizo cargo de los principales argumentos en que se basó el requerimiento de inaplicabilidad, no sin antes explicar el funcionamiento del Registro Electrónico Oficial de Contratistas de la Administración.

2.2.1. Referencia al Reglamento de la ley 19.886 y sus causales de inhabilidad

En relación a esto último, contextualizando históricamente el mismo, señala el TC que se trata de un registro público en que se inscriben todas las personas naturales y jurídicas que no tengan causales de inhabilidad para contratar con los organismos del Estado. Su regulación se encuentra en la norma reglamentaria que complementa la ley 19.886 contenida en el DS 250 del Ministerio de Hacienda del 2004 (“Reglamento de Compras”).

El artículo 92 de este Reglamento menciona las causales de inhabilidad. Dentro de estas causales se encuentran las siguientes: haber sido condenado por cualquiera de los delitos de cohecho contemplados en el título V del Libro Segundo del Código Penal;

registrar una o más deudas tributarias por los plazos y montos allí establecidos; registrar deudas previsionales o de salud por más de 12 meses por sus trabajadores dependientes; la presentación al Registro Nacional de Proveedores de uno o más documentos falsos, declarado así por sentencia judicial ejecutoriada; haber sido declarado en quiebra por resolución judicial ejecutoriada; haber sido eliminado o encontrarse suspendido del Registro Nacional de Proveedores por resolución fundada de la Dirección de Compras, y, haber sido condenado por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador.

De acuerdo al TC,

“la aplicación de las mencionadas causales de inhabilidad se fundamenta en hechos objetivos, que suponen el incumplimiento de obligaciones relacionadas con la protección de bienes jurídicos de particular valor que la Administración del Estado debe resguardar en forma especial. Debe recordarse que las inhabilidades, en general, son circunstancias que impiden acceder a ciertos cargos o posiciones (inhabilidades preexistentes) o que llevan a la imposibilidad de seguirlos ejerciendo si se configuran durante dicho ejercicio (inhabilidades sobrevinientes), todo ello en razón de encontrarse en juego un bien jurídico que el ordenamiento jurídico desea cautelar”. (Considerando 12°).

2.2.2. En cuanto a la infracción al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación arbitraria del Estado y sus organismos en materia económica

La recurrente señaló que la norma introduce diferencias entre quienes deseen contratar con la Administración, ya que quedarían excluidos quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador dentro de los dos años anteriores.

Sobre esta materia el TC plantea que al igual que en ocasiones anteriores lo que se debe determinar para comprobar dicha infracción es si hay una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, o si estando en una situación diferente se les intenta asimilar mediante una norma común. Luego se debe

determinar si tal diferenciación o asimilación es arbitraria en los términos de los numerales 2º y 22º de la CPR (Considerando Decimoquinto).

Al respecto comienza el TC por reconocer que la modificación a la ley 19.886 introduce diferencias entre una misma categoría de personas: aquellos que desean contratar con la Administración. Sin embargo el TC acentúa que no toda desigualdad de trato es contraria al principio de igualdad, debiendo para ello fundarse en una diferencia de supuestos de hecho injustificados. Por ello, el TC plantea si la medida de impedir contratar con la Administración del Estado a quienes han sido condenados por infracción a los derechos fundamentales *resulta idónea* a las finalidades que han animado el actuar de la Administración.

Para responder lo anterior, el TC comienza revisando la moción parlamentaria que dio origen a la modificación en cuestión. Concluyendo al respecto que la modificación a la ley 19.886 tuvo por propósito proteger a los trabajadores de manera más eficaz, incluyendo aquellos derechos denominados “inespecíficos”. Esto se vería explicado con motivo de la desigualdad de las posiciones que existe en el contrato de trabajo, lo que además también se ve demostrado en otros cuerpos legales citando numerosos ejemplos (Considerandos 29º y 31º).

Así, la primera conclusión del TC es que la modificación en análisis se encuentra en conformidad con la actuación del legislador en relación al resto del ordenamiento. Sin embargo, y no siendo suficiente ello el TC hace referencia a los siguientes argumentos:

1. Es congruente con los objetivos perseguidos por la legislación;
2. Es el efecto o consecuencia de una sentencia judicial ejecutoriada, esto es de un proceso judicial donde el demandado ha podido defenderse; y,
3. Persigue evitar la repetición de conductas lesivas a los derechos de los trabajadores, pero no impedir del todo el desarrollo de una actividad económica, por cuanto el sancionado podrá seguir contratando con personas que no pertenezcan a la Administración.

De igual forma, particularmente por el hecho de que la aplicación del precepto reprochado no impida a la empresa seguir ejerciendo su actividad económica –aun cuando no pueda contratar transito-

riamente con la administración— debe rechazarse una infracción al derecho a no ser discriminado arbitrariamente.

2.2.3. En cuanto a la infracción al principio “non bis in idem”

El TC señala que no existiría infracción a dicho principio. Ello por cuanto la sentencia condenatoria dictada por el tribunal laboral busca sancionar el atropello de que ha sido objeto un trabajador en el desarrollo de la relación laboral, mientras que el fundamento de la norma cuestionada es la falta de idoneidad para contratar con la Administración por parte de aquella persona que ha infringido derechos fundamentales de sus trabajadores. De esta manera, los bienes jurídicos protegidos serían distintos. Sobre este principio el TC señala que si bien no se encuentra consagrado de manera expresa en la CPR, este como el principio del debido proceso forman parte de los derechos que los órganos del Estado deben promover y respetar en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la CPR que reconoce como fuente a la CPR y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Así, la sentencia hace referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Concluye el TC señalando que el principio del *non bis in idem* no se ve afectado ya que la sentencia pronunciada por el juzgado laboral tuvo por fundamento el despido del trabajador por una causa prevista como antijurídica en nuestro ordenamiento, mientras que el fundamento de la inhabilidad prevista en la ley 19.886 es la falta de idoneidad para contratar con la Administración por una parte de una determinada persona.

2.3 Voto disidente

La sentencia en análisis fue acordada con el voto en contra de tres ministros, Bertelsen (presidente), Navarro y Aróstica, quienes no coinciden con el fallo ni con la fundamentación del mismo, determinando que se trata de un precepto de suyo inconstitucional. Para llegar a esta conclusión, recurren a la inspiración original de la norma, a la consideración de que no sería necesario extender la persecución más allá de la normativa laboral, a la desvinculación con el orden público económico, al hecho de que no habría proporciona-

lidad en la sanción y al hecho de que se trataría de una sanción de plano.

2.3.1 Inspiración original de la norma

El primero de los argumentos esgrimidos por el voto disidente, dice relación con que el texto original de la ley 19.886 no contemplaba la norma objetada. En efecto, esta disposición fue introducida por la ley 20.238 siendo el título de la misma el siguiente: “Modifica la Ley 19.886, Asegurando la Protección de los Trabajadores y la Libre Competencia en la Provisión de Bienes y Servicios a la Administración del Estado”.

De esta manera, la moción que dio origen a la mencionada ley tuvo por propósito: (i) inhabilitar a las empresas que reiteradamente infringen la ley sin recibir sanción; y, (ii) impedir la competencia desleal de aquellas empresas incumplidoras de leyes sociales y laborales. Sin perjuicio de lo anterior, en el transcurso de la discusión, y según muy bien da cuenta el voto disidente, lo que dice relación con el (i) anterior, fue corregido al incorporar el pago por subrogación y el término anticipado del contrato, mientras que el número (ii) quedó limitado a quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales o afectación de los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los dos años anteriores.

2.3.2 No es necesario extender la persecución más allá de la normativa laboral

Por otra parte, se dispone que actualmente no resulta necesario extender la persecución más allá de la normativa laboral. Lo anterior, ya que mediante la ley 20.087 entró a regir el procedimiento de tutela laboral cuyo propósito es precisamente cautelar los derechos fundamentales de los trabajadores. En este sentido, el TC señala que dentro del mencionado procedimiento de tutela laboral (artículo 485 del Código del Trabajo) se puede disponer el cese inmediato de la conducta, medidas de reparación y multa. Así, el voto disidente parece concluir que la sanción otorgada en sede laboral es suficiente.

2.3.3 Rechazo de cualquier vinculación con el Orden Público Económico

En el considerando séptimo, y que ha sido señalado como “...*uno de los considerandos más contundentes del último tiempo y que debiese ser aplaudido por los partidarios de una sociedad libre...*”², se rechaza que la impugnada norma tenga relación con el Orden Público Económico (“OPE”) como lo había establecido la sentencia. En efecto, se hace referencia al OPE 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”, ello según el alcance original que le asignó la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Informe de 16 de agosto de 1978).

2.3.4 Carácter desproporcionado del castigo

En criterio del voto disidente, el castigo impuesto por la norma impugnada es desproporcionado, lo que se fundamenta en que dar a cada uno lo suyo significaría que las penas se han de distribuir con un criterio de igualdad proporcional, lo que requiere que la conducta se describa con mayor precisión cuanto más grave sea la pena. En el caso de la norma impugnada el voto disidente establece que:

“13)... al referirse a las “prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador”, la norma impugnada 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”.

Así, lo que se critica es que por la sola consecuencia generada, cualquier acto deviene susceptible de una única sanción, sin importar sus características intrínsecas, entidad, trascendencia y gravedad.

2.3.5 Se trata de una sanción de plano

Relacionado con lo anterior, en el considerando vigésimo séptimo, se hace referencia a que se trataría de una “sanción de interdicción

² Ver LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p. 5.

con ejecución directa e inmediata”, lo que significa que opera por el solo ministerio de la ley y sin más trámite, sin perjuicio que de acuerdo a nuestro ordenamiento no hay sanción válida sin un juzgamiento previo. Adicionalmente se establece que no existe una relación de dependencia entre ambas sanciones.

Por lo anterior, el voto disidente concluye que la norma impugnada es de suyo inconstitucional puesto que su texto de encuentra en contraposición con lo dispuesto por la Carta Fundamental.

2.4 Implicancias de la Sentencia

Este fallo es de suma relevancia ya que tiene implicancias no solo en materia laboral sino por sobre todo en lo que respecta a la contratación administrativa del Estado.

En materia laboral, es posible que las empresas al momento de enfrentarse a una demanda de tutela de derechos fundamentales o una práctica antisindical deban considerar no solo la cuantía del juicio sino también el costo que significa, en el caso de obtener una sentencia desfavorable, no poder contratar con el Estado por un período de dos años.

La norma en comento, desde una perspectiva laboral, podría incentivar a las empresas a llegar a acuerdos en procesos judiciales de violación de derechos fundamentales a fin de no verse expuestas a ser excluidas del Registro de Contratistas de la Dirección de Compras Públicas, ello sin perjuicio de la veracidad o contundencia de la posible denuncia.

En lo que respecta al régimen de contratación administrativa del Estado, se trata de un fallo sumamente interesante por las posiciones que él emanan manifestándose concretamente tanto en el voto de mayoría como en la disidencia.

Así, mientras la sentencia realiza un examen de proporcionalidad y concluye que la norma impugnada no implica una discriminación arbitraria ni tampoco infringe el principio “*non bis in idem*”, ya que se relaciona con la necesidad de proteger más eficazmente los derechos de los trabajadores, siendo los bienes jurídicos que se protegen distintos entre el procedimiento laboral y la inhabilidad establecida por la ley 19.886.

Por su parte, el voto disidente es de la opinión contraria al considerar que el castigo es desproporcionado y que infringe nuestro ordenamiento constitucional al aplicar una sanción de plano que no se encontraría justificada.

Por otra parte, también llama la atención la utilización del concepto de Orden Público Económico. Mientras la sentencia establece que la norma impugnada constituye una regla del OPE, en tanto estas reglan representan una expresión de todos los derechos constitucionales de naturaleza económica, el voto disidente se manifiesta en desacuerdo considerando que la sentencia ha desvirtuado el genuino significado del orden público económico utilizándolo como título habilitante para justificar una norma de intervención estatal.

LA INCORPORACIÓN DE FACTORES “EXÓGENOS” A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1 En el ordenamiento nacional

Más allá de la diferencia de posiciones contenidas en la sentencia comentada, llama poderosamente la atención el fondo del asunto, esto es, la incorporación de ciertas condiciones y/o circunstancias, ajenas propiamente a la contratación como barreras de entrada para la contratación con el Estado y/o como aspectos que deberían ser positivamente considerados por la entidad del Estado al momento de contratar y/o ponderar las ofertas presentadas por un particular.

En efecto, como veíamos la ley 19.886 establece ciertas inhabilidades para contratar con el Estado al disponer en su artículo 4º que:

“...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”.

A su turno, el artículo 23 del Reglamento de la ley 19.886 contenida en el DS (Hacienda) 250 de 2004, contempla la posibilidad que las bases fijen determinadas circunstancias que deberá ponderar

adecuadamente la entidad licitante al evaluar las respectivas ofertas, al sostener que:

“Las Bases podrán contener, en lenguaje preciso y directo, las siguientes materias: ... “Puntajes o ponderaciones que se asignen a los Oferentes, derivados del cumplimiento de normas que privilegien el medio ambiente, contratación de discapacitados y demás materias de alto impacto social. Estos puntajes o ponderaciones no podrán, en caso alguno, ser los únicos que se consideren para determinar la adjudicación de la oferta más conveniente”.

De lo anterior, pareciera manifestarse una posición del legislador en orden a incorporar factores exógenos a la contratación como criterios de *“entrada”* o bien como *“factores positivos”* en la evaluación, desatendiendo el verdadero sentido de la contratación administrativa, esto es, dotar a la Administración de un eficaz y eficiente mecanismo –en la esfera patrimonial– para el cumplimiento del cometido propio de cada órgano público, es decir, la satisfacción de necesidades públicas concretas en su respectiva esfera competencial con miras al bien común (artículo 1º inciso cuarto de la Constitución Política de la República).

Lo anterior, no puede sino distanciarse del espíritu y tenor de nuestro ordenamiento constitucional en cuanto garante y promotor del rol subsidiario del Estado, respetuoso de la autonomía de los cuerpos asociativos y por sobre todo, garantista de la libre iniciativa económica, circunstancias que resultan afectadas cuando el Estado y sus organismos, vienen a intentar directa o indirectamente en otras oportunidades, orientar la economía por la vía de la imposición de este tipo de “barreras” o “premios” ajenos a lo propio de la contratación administrativa en cuanto herramienta que mira a la eficiencia y eficacia de la satisfacción de necesidades públicas.

Dicha circunstancia, no puede sino preocuparnos, cuando advertimos determinadas disposiciones legales que desde hace algún tiempo esconden un verdadero direccionamiento del comportamiento económico del Estado, como si este debiera corregir errores del mercado y/o desvirtuar su rol económico incorporando una vocación sancionatoria o social que al menos en este aspecto no le es propio.

Así, en la esfera legislativa advertimos cómo cada vez resulta más frecuente la exigencia de inscripción en registros públicos³ o la precalificación dispuesta en base a criterios de calificación tales como el cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social laboral del oferente⁴.

Más aún, en el ámbito contractual es posible apreciar cómo algunos actos administrativos, como los decretos de enajenación u otorgamiento de una concesión onerosa de un terreno por parte del Ministerio de Bienes Nacionales, se subordinan, como condición del referido título, a la ejecución de un determinado proyecto⁵ o la realización de una determinada inversión en el lugar, circunstancias que más allá de su conveniencia, importan incorporar circunstancias ajenas a la condición económica que constituye el objeto de este tipo de enajenaciones.

En consecuencia, advertimos en nuestro medio cómo la Contratación Pública, en oportunidades, comienza a ser utilizada no solo como una herramienta para satisfacer necesidades públicas sino un mecanismo para orientar determinados comportamientos económicos, sociales o culturales deseables para la Administración respecto del particular.

³ A modo ejemplar, el Decreto 746 de 2012, del Ministerio de Defensa Nacional que aprueba Reglamento de Registros Especiales de Proveedores del sector Defensa, que establece un Registro Especial de Proveedores.

⁴ Así, el artículo 6º bis del DS 900, que fija el texto de la ley de concesiones de obras públicas, dispone que “El Ministerio de Obras Públicas podrá efectuar un llamado a precalificación de licitantes a fin de seleccionar, mediante un proceso compuesto por una o varias etapas, a los interesados que cumplan con los requisitos uniformes, objetivos y razonables que se establezcan en las respectivas bases de precalificación, los que solo podrán referirse a aspectos jurídicos, de capacidad financiera o técnica, de experiencia, resultados en otras obras encargadas en el pasado, cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social y responsabilidad del interesado o de sus personas relacionadas”. Añadiéndose que “Además, tratándose de proyectos de iniciativa pública o privada que sean multifuncionales y que revistan un elevado grado de complejidad, tales como cárceles, hospitales, autopistas urbanas u otros similares, las bases de precalificación podrán exigir otros requisitos objetivos y necesarios para participar en proyectos de esta naturaleza, en tanto no constituyan elementos arbitrarios y resguarden la igualdad de trato entre los participantes de este proceso”

⁵ Ver, por ejemplo, la Resolución (exenta) 1063 de 2011.

3.2 Derecho de la Unión Europea

3.2.1. Causales de Exclusión

En el Derecho de la Unión Europea la contratación pública se encuentra regulada principalmente a través de dos directivas. Una de ellas, es la Directiva 2004/17/CE de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. La otra es la Directiva 2004/18/CE de la misma fecha sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, de suministro y de servicios. La segunda de estas directivas posee un carácter más general y similar a la normativa chilena por lo cual nos enfocaremos en esta.

Como cuestión previa cabe señalar que las directivas de la Unión Europea son disposiciones normativas que forman parte del Derecho de la Unión Europea y que vinculan a los Estados o al Estado destinatario para la adopción de ciertos objetivos, quedando la autoridad interna de cada país obligada a realizar lo que la directiva en cuestión establezca y adoptar las formas y medios necesarios para alcanzar los propósitos de la misma. De esta manera, son los Estados miembros de la Unión Europea los encargados de dictar el complemento normativo necesario para lograr su implementación. De acuerdo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea existen tres tipos de directivas. Estas son las legislativas, delegadas y de ejecución. En el caso de las mencionadas directivas sobre contratación pública éstas son de aquellas denominadas legislativas ya que emanan del Parlamento Europeo y del Consejo.

3.2.2. Directiva 2004/18/CE

La Directiva 2004/18 en su Sección 2 del Capítulo VI, que va desde los artículos 45 a 52, contiene los criterios de selección cualitativos. Dentro de estos, se encuentra la situación personal del candidato o del licitador, la habilitación para ejercer la actividad profesional, la capacidad económica y financiera, la capacidad técnica y profesional, la normas de garantía de la calidad, las normas de gestión medioambiental, la documentación e información complementaria y las listas oficiales sobre operadores económicos

autorizados y con certificación por parte de organismos de derecho público o privado.

En particular, la norma más relevante para los efectos de este análisis es el artículo 45 el cual trata sobre la situación personal del candidato o del licitador. Esta norma se divide a su vez en dos subsecciones. En la primera se señala que quedarán excluidos de la participación en un contrato aquellos que hayan sido condenados mediante sentencia firme, de la que tiene conocimiento el poder adjudicador, cuando esta corresponde a alguno de los motivos allí enumerados. Dentro de estos, y en términos muy simples, se encuentran los siguientes: participación en una organización delictiva; corrupción; fraude; y, blanqueo de capitales. Dada su entidad de directiva, los Estados miembros deben precisar en su derecho nacional las condiciones de aplicación de estas exclusiones, pudiendo establecer una excepción con motivo de necesidades imperativas de interés general.

Por su parte, la subsección 2 establece que podrán ser excluidos de la participación en el contrato los operadores económicos que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: (a) en estado de quiebra, liquidación, de cese de actividades, o en cualquier situación análoga a resultas de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las normas legales y reglamentarias nacionales; (b) que sea objeto de un procedimiento de declaración de quiebra, de liquidación, de intervención judicial, de concurso de acreedores o de cualquier otro procedimiento de la misma naturaleza que exista en las normas legales y reglamentarias nacionales; (c) que haya sido condenado por sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en la que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional; (d) que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar; (e) que no esté al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador; (f) que no haya cumplido sus obligaciones tributarias impuestas por las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador; y (g) que se le considere gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar la

información exigida en aplicación de esta subsección o que no haya proporcionado dicha información.

Para la aplicación de esta norma, que habilita de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 44 a excluir a un participante, los poderes adjudicadores solicitaran a los candidatos o licitadores que presenten los documentos mencionados en la subsección 3, los que varían según la causal de exclusión pudiendo ser un certificado de antecedentes penales o documento equivalente emitido por la autoridad competente del país de origen o bien simplemente un certificado emitido por la autoridad correspondiente del país de procedencia. En caso de que el país no emita tales certificados, estos podrán ser reemplazados por declaraciones juradas, o si estas no existen por declaraciones solemnes hechas por el interesado ante una autoridad judicial o administrativa, notario u otro organismo profesional competente. Estas autoridades y organismos competentes, de acuerdo a lo previsto en la misma norma deben ser designados por los estados miembros, quienes deben informar de ello a la Comisión de la Unión Europea.

De conformidad a lo expuesto no existe en la legislación de la Unión Europea una norma similar a la norma chilena de exclusión con motivo de infracción a la normativa laboral. Así, mientras en el ordenamiento chileno se establece que quedarán excluidos aquellos que hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, en la Unión Europea la norma más similar se limita a hacer referencia a la exclusión de aquellos que no se encuentren al día en el pago de sus obligaciones de seguridad social. Sin embargo si existe la similitud en ambas legislaciones en el sentido de establecer causales de inhabilidad para contratar con el Estado.

Así, pareciera que la normativa europea en relación a las causales de exclusión se enfoca principalmente en circunstancias susceptibles de ser agrupadas en tres aspectos. En primer lugar, en la existencia de una sentencia por un delito de corrupción o fraude. En segundo lugar, en la existencia de un estado de quiebra ya declarado o un procedimiento que tenga tal propósito o por lo tanto pareciera estar velando por la capacidad económica del participante. En tercer lugar, se podría señalar que existe un grupo de causales donde se pueden agrupar todas las restantes de la subsección 2 en la cual el legislador pareciera resguardar la idoneidad moral o ética de los participantes,

haciendo referencia a delitos o faltas vinculados a la moralidad profesional, al pago de cotizaciones de seguridad social, al incumplimiento de obligaciones tributarias y a la existencia de declaraciones falsas en relación a la información que deben proporcionar dentro de un procedimiento.

3.2.3 El Caso del Reino Unido

El Reino Unido en tanto miembro de la Unión Europea ha adoptado esta legislación, por lo que se hará referencia breve a lo mismo a fin de ejemplificar lo ya descrito. En el caso de este país, la normativa anterior ha sido incorporada dentro a su legislación especialmente través de la Regulación de Contratos Públicos del año 2006 (“Public Contract Regulations 2006”).

A través de esta regulación, específicamente en su parte 4, sección 23, se han señalado los criterios de selección de los operadores a través de los cuales la autoridad contratante puede excluir aquellos operadores económicos que hayan cometido algunos de los delitos u ofensas allí establecidos. Además, esta regulación extiende la comisión de estos actos a los directores o cualquier persona con poderes de representación por parte de la sociedad. Esta última parte es especialmente interesante en tanto amplía el alcance de estas inhabilidades.

Dispone esta norma también que la autoridad contratante tiene el margen de discreción de no considerar la prohibición en cuestión, en la medida que estime que existe un interés general de actuar de tal manera en relación a un determinado operador. Esta norma también resulta relevante por cuanto permite a la autoridad excluir la inhabilidad si existen razones que así lo aconsejen. Sin embargo, su uso debe ser realizado con suma cuidado e idealmente en base a criterios preestablecidos de manera cualquier ámbito de arbitrariedad.

Del mismo modo, se incorporan las situaciones descritas en las antes mencionadas directivas de la Unión Europea relativas a situaciones de quiebra e insolvencia que pueden afectar a los operadores. En relación al no pago de cotizaciones previsionales esta causal se repite en términos idénticos. Así, la autoridad contratante puede tratar a un operador económico como inelegible o decidir no selec-

cionarlo en caso de incumplimiento de las obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social, según las disposiciones del Reino Unido o del estado relevante en que el operador se encuentra establecido⁶.

3.2.4 Aspectos Ambientales y Sociales

En relación a otros factores externos que puedan ser incorporados a la contratación pública, haremos mención a dos de estos. El primero de ellos, son los aspectos ambientales los cuales ya se encuentran contenidos en la legislación chilena a través del concepto de compras sustentables.

En la legislación chilena, y como ya se señaló, el Reglamento permite a las entidades contratantes incluir como criterios de selección consideraciones medioambientales y de eficiencia energética, con el objeto de favorecer determinadas prácticas esperables por parte de los oferentes, en la medida que su ponderación, claro está, se encuentre debidamente, prevista en las respectivas bases de licitación.

En el caso de la Unión Europea es posible que los Estados establezcan la consideración a factores de protección al medio ambiente. En efecto la Comisión de la Unión Europea define Compras Públicas Verdes (“Green Public Procurement”) como

“...el proceso donde las autoridades públicas buscan procurarse o abastecerse de bienes, servicios y trabajos con un impacto ambiental reducido en su círculo de vida comparados con bienes, servicios y trabajos con la misma función primaria que de otra manera serían previstos”⁷.

Al respecto la Unión Europea ha desarrollado una serie de instrumentos para orientar en la implementación de las compras públicas verdes, tales como “The Buying Green”, libro que tiene por propósito dar asesoría a las entidades compradoras acerca de aspectos legales y prácticos de las compras públicas verdes. A este y los otros recursos se puede acceder a través del sitio especializado sobre la

⁶ 23 (4) (f).

⁷ Ver COMISIÓN UNIÓN EUROPEA (2008) p. 400.

materia que pone a disposición la Comisión Europea⁸. Todo lo anterior, se encuentra enmarcado en lo sostenido por la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea el cual contiene referencias a la protección del medio ambiente.

De acuerdo a la Directiva 2004/18/CE:

“La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa”⁹.

Lo anterior es sumamente relevante ya que las entidades contratantes cuando establezcan criterios verdes en las contrataciones deberán tomar en consideración lo mismo. ¿Qué significa ello exactamente? Al elegir la entidad contratante la fórmula de la oferta económicamente más ventajosa los criterios de evaluación adoptados han de ser cuantificables. Así, señalar que un producto “sea” respetuoso con la naturaleza no es cuantificable pues no permite determinar si existe o no una ventaja para la entidad. De esta manera, se deben utilizar criterios concretos, por ejemplo asociados al consumo de electricidad.

Otro concepto que a diferencia del anterior ha sido acuñado en la Unión Europea pero no en Chile, es el de las contrataciones públicas socialmente responsables. Las directivas ya referidas establecen en sus considerandos que se basan en los principios del Tratado y

“en particular, el principio de libre circulación de mercancías, el principio de libertad de establecimiento, el principio de libertad para brindar servicios y los principios que de ellos deriven, tales como el principio de igualdad en el trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia”¹⁰.

⁸ Ver http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm

⁹ Considerando 46°.

¹⁰ Considerando 2° de la Directiva 2004/18/CE y el Considerando 9 de la Directiva 2004/17/CE.

De esta manera, las directivas ofrecen un ámbito para considerar aspectos sociales en la medida que se encuentren vinculados con el objeto del contrato y proporcionales a sus requisitos.

Al respecto es muy ilustrativa la guía desarrollada por la Comisión Europea y publicada el año 2011, cuyo propósito es sensibilizar a las entidades sobre las ventajas de este tipo de contratación, así como explicar las posibilidades que ofrece el marco legal de la Unión Europea. En cuanto a su definición, se entiende por estas como

“...las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación. Las CPSR pueden ser una herramienta muy eficaz para avanzar en el desarrollo sostenible y para alcanzar los objetivos sociales de la UE (y los Estados miembros)”¹¹.

De acuerdo a la definición anterior, el concepto de contrataciones públicas socialmente responsable involucra una serie de aspectos de la más diversa índole. Entre ellos, se encuentran el cumplimiento de derechos sociales y laborales. Permitiendo en el caso de la Unión Europea el desarrollo de la dimensión social de las políticas y la legislación de la Unión Europea. Ejemplos de lo anterior hay muchos, pero no los abordaremos por no ser el propósito de estas reflexiones. De todas formas cabe señalar que estos criterios tienen una dimensión de índole positiva por cuanto no pretenden excluir a un posible contratante sino que premiar a aquellos que desarrollen determinadas conductas previamente establecidas en las bases y amparadas en la legislación existente.

¹¹ 1.1. “Adquisiciones Sociales, Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”.

4. CONCLUSIONES

Más allá de poder disentir del voto de mayoría de la sentencia comentada y compartir gran parte del razonamiento expuesto por el voto de minoría, cabe señalar que la inhabilidad expuesta restringe las libertades económicas esenciales amparadas en nuestra Carta Fundamental y como tal demandan un análisis profundo no solo de su constitucionalidad sino que por cierto de su pertinencia por parte del legislador.

A mayor abundamiento, conviene tener presente que como tales –y en cuanto pueden ser consideradas como verdaderas “barreras de entrada”– importan afectar la naturaleza misma de la contratación administrativa en cuanto incorporan criterios ajenos a ella, que la alejan en definitiva de la eficiencia y eficacia que debe conducir la misma.

Queda como duda y para algunos podría ser la prueba más evidente de la discrecionalidad del legislador al momento de trazar las referidas inhabilidades, la suerte que han tenido otras posibles inhabilidades no previstas en la legislación actual, como por ejemplo condenas por prácticas contrarias a la probidad, la libre competencia, o bien, el lavado de dinero, contar con trabajadores condenados por pedofilia, violencia intrafamiliar o cualquier otro ilícito.

De esta manera, la irrupción de este tipo de cortapisas –ajenas a la contratación– no solo podría desnaturalizar este especial ámbito del actuar administrativo sino por sobre todo, importa una verdadera limitación al ejercicio de las libertades individuales en el ámbito económico, aspecto que no solo debe promover sino que también incentivar la autoridad administrativa.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. Documentos

COMISIÓN UNIÓN EUROPEA (2008): *Compras públicas para un mejor medio ambiente*.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2012): “Contratación Pública y Derechos Laborales”, *Fallos Públicos N° 25*, junio de 2012. Disponible en línea en: www.lyd.org/estudios/fallos-publicos/

2. Normativa

Nacional

Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley 19.886 de Bases de los Contratos Administrativos de Suministro y de Prestación de Servicios.

DS 900, del Ministerio de Obras Públicas que fija el texto de la ley de concesiones de obras públicas

Decreto 746 de 2012, del Ministerio de Defensa Nacional que aprueba Reglamento de Registros Especiales de Proveedores del sector Defensa.

Europea

Directiva 2004/17/CE de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, de suministro y de servicios.