

INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO: COMENTARIO DE LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 3570 Y ROL N° 3702, DE 2018*

JUAN CARLOS FLORES RIVAS

RESUMEN: el comentario analiza las sentencias Rol N° 3570 y Rol N° 3702, del año 2018, pronunciadas por el Tribunal Constitucional, relativos a la inhabilidad consagrada en el artículo 4° de la Ley N° 19.886, de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Esta inhabilidad impide contratar con el Estado a aquellas empresas que dentro de dos años anteriores a la presentación de sus ofertas hayan sido condenadas por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador. El Tribunal Constitucional, variando su anterior jurisprudencia, ha dado un vuelco declarando inaplicable dicho precepto por constituir un atentado contra el principio de igualdad ante la ley, el principio de servicialidad del Estado y el principio de proporcionalidad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los casos y las sentencias. 3. Origen de la inhabilidad y configuración de la causal de inhabilidad. 4. Juicio laboral y aplicación automática de la sanción. 5. Infracción al principio de proporcionalidad. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Tras varios años en que el Tribunal Constitucional reconociese ajustada a la Carta Fundamental la inhabilidad regulada en el artículo 4° de la Ley N° 19.886, de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que impide contratar con el Estado a aquellas empresas que dentro de dos años anteriores a la presentación de sus ofertas hayan sido condenadas por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, irrumpen dos nuevas sentencias que modifican la anterior jurisprudencia, cuestionando la constitucionalidad de dicha inhabilidad y exigiendo una revisión más exhaustiva de las denominadas “cláusulas sociales” en la contratación administrativa.

La primera sentencia¹, pronunciada sobre el recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Pontificia Universidad Católica de Chile en contra del artículo 294 bis del Código del Trabajo y del artículo 4º, inciso primero, de la Ley N° 19.886. En segundo lugar, la otra sentencia fue pronunciada sobre el recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Universidad de Chile, respecto del artículo 4º, inciso primero, de la Ley N° 19.886².

Ambas sentencias resultan particularmente relevantes de comentar por cuanto modifican la anterior jurisprudencia uniforme que reconocía que dicha prohibición se encontraba ajustada a la Carta Fundamental, puesto que no involucraba una afectación evidente a los principios de igualdad ante la ley, libre iniciativa privada, debido proceso y principio de *non bis inidem*. Luego de la dictación de dichas sentencias, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de confirmar la inaplicabilidad del artículo 4º de la Ley N° 19.886, en casos similares³, ratificando el cambio de interpretación respecto de la inhabilidad para contratar con el Estado, y reconociendo la ausencia de proporcionalidad de dicha norma.

2. EL CASO Y LAS SENTENCIAS

En la sentencia Rol N° 3570-2017, de 28 de noviembre de 2018, la Pontificia Universidad Católica de Chile interpuso un recurso de inaplicabilidad con el objeto que el Tribunal Constitucional declarase inaplicable por inconstitucionalidad el artículo 294 bis del Código del Trabajo y el artículo 4º, inciso primero de la Ley N° 19.886, de 2003, en la gestión pendiente consistente en un recurso de nulidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra del fallo dictado por el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que acogió una denuncia en sede de tutela de derechos fundamentales por el retardo de la entidad universitaria en el pago de las cotizaciones previsionales, remitiendo copia de la sentencia a la Dirección del Trabajo, dando aplicación posterior a la prohibición contenida en el artículo 4º, inciso primero, de la Ley N° 19.886.

¹ Pontificia Universidad Católica de Chile (2018).

² Universidad de Chile (2018).

³ Banco de Crédito e Inversiones (2019); Nestlé Chile S.A. (2019); Latam (2019); Turbus (2019).

Por su parte, en la sentencia Rol N° 3702-17, 28 de noviembre de 2018, la Universidad de Chile cuestiona por la vía de inaplicabilidad el artículo 4°, inciso primero de la Ley N° 19.886, por cuanto fue condenada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en procedimiento de tutela laboral por concepto de daño moral, al pago de las costas de la causa, de lo cual se remitió copia a la Dirección del Trabajo para su registro y la eventual aplicación del artículo 4° de la Ley N° 19.886, de 2003.

Como se logra apreciar en ambos casos, el conflicto de constitucionalidad consiste en determinar si en virtud de una condena laboral por prácticas antisindicales o por infracción de los derechos fundamentales del trabajador, es proporcional la remisión automática efectuada por el juez laboral de la sentencia condenatoria a la Dirección del Trabajo para la aplicación de la posterior inhabilidad para contratar con el Estado, sin la existencia de un proceso previo de comprobación de la proporcionalidad de la medida respecto de la infracción laboral cometida.

A su vez, el conflicto constitucional estriba en precisar si es ajustado a la Carta Fundamental la configuración legal de inhabilidades de plano, sin la incorporación de criterios que le permitan a la autoridad distinguir el tipo de infracción a los derechos laborales y la adopción de una medida tan drástica como la prohibición de participar en procedimientos de contratación con el Estado.

En ambos casos, el Tribunal Constitucional arriba a la conclusión que no se ajusta a los principios de igualdad ante la ley ni al debido proceso, configurar prohibiciones sin criterios específicos de graduación ni la existencia de una instancia de control ni de contradicторiedad de la decisión administrativa.

3. ORIGEN DE LA INHABILIDAD Y CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD

Originalmente, la Ley N° 19.886, de 30 de julio de 2003 no regulaba la inhabilidad para contratar con el Estado, sino que esta fue incorporada por la Ley N° 20.238, de 19 de enero de 2008, con el objetivo preciso de asegurar la protección de los trabajadores y la libre competencia en la provisión de bienes y servicios a la Administración del Estado, esto es, que las empresas que contratasen

con el Estado no aprovecharan infracciones legales para obtener y proponer al Estado, durante los procesos de contratación, ventajas indebidas que afecten los derechos de los trabajadores y la libre competencia. En otras palabras, que no ocurriese una especie de *dumping* laboral en perjuicio de los demás oferentes en la contratación pública que sí cumplieran con las normas laborales vigentes⁴.

Ahora bien, la incorporación de una norma de esta naturaleza responde a lo que la doctrina comparada denomina “contratación estratégica”, consistente en incorporar en la legislación contractual administrativa elementos exógenos que le permitan a los órganos públicos, por la vía del contrato administrativo, satisfacer necesidades públicas anexas o complementarias, como por ejemplo la protección del medio ambiente⁵, el respeto de los derechos sociales o laborales⁶, la observancia de los derechos de los consumidores, entre otras.

La contratación estratégica ha sido desarrollada a nivel de la Comunidad Europea⁷, con el objetivo de utilizar los contratos públicos como instrumentos de apoyo a las políticas públicas sociales, ambientales o de fomento de la investigación⁸, basados en la idea de que toda empresa, con independencia de su país de origen, y que pretenda contratar con un Estado determinado, debe respetar reglas mínimas ambientales, laborales, sociales, de inclusión, a fin que ningún empresa se aproveche de su legislación patria para obtener ventajas indebidas respecto de los demás licitantes.

Cabe señalar que la incorporación de criterios medio ambientales, sociales y laborales en la contratación administrativa es un fenómeno mediante el cual se instrumentaliza el contrato con la finalidad de convertirlo en un medio eficaz para fomentar fines loables, tales como mitigar el desempleo, incentivar la contratación de mujeres, jóvenes o, incluso, corregir la insuficiencia de políticas públicas de inclusión hacia personas con habilidades diferentes⁹.

⁴ LARA ARROYO y HELFMANN MARTINI (2012), p. 159.

⁵ BERTAZZO (2016), pp. 255-285.

⁶ GIMENO FELIU (2017), pp. 241-287.

⁷ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

⁸ PERNAS GARCÍA (2013), p. 359-360.

⁹ Al respecto, el artículo 122 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, señala que “*En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se*

Sin embargo, no se debe olvidar que dichas cláusulas no son lo principal en la contratación administrativa, sino que son anexas, complementarias o conyunturales, cuyo objetivo es servir de instrumento para cumplir finalidades relevantes para el interés general, mas no esenciales, por cuanto el Estado de igual forma puede cumplir los mismos cometidos mediante el ejercicio directo de sus potestades públicas, sin necesidad de acudir a la instrumentalización del contrato administrativo.

A nuestro juicio, consideramos que la aplicación de la contratación estratégica sin una clara orientación teleológica y sin una depuración precisa de su relación con el contrato administrativo puede generar un efecto contrario, tales como inhibir ofertas beneficiosas para el Estado desde el punto de vista técnico por no cumplir obligaciones anexas, como en el caso de las sentencias comentadas.

En efecto, la introducción de cláusulas sociales en contratación administrativa estratégica no puede constituirse en un camino de renuncia para el Estado a su rol de servicio hacia los ciudadanos, atendido que la función primaria de resguardar los derechos de los trabajadores (art. 19 N° 16), custodiar el medio ambiente (art. 19 N° 8), garantizar la integración social (art. 1, inciso 5°) le corresponde al Estado y, para ello, dispone de los mecanismos e instrumentos regulatorios, tales como prestación directa de servicios, fiscalizaciones, multas, subrogación y retenciones de pago. Todo ello sin necesidad que por vía oblicua –imponiendo a los particulares cargas desproporcionadas– busque conseguir el mismo objetivo.

Recordemos que constitucionalmente el Estado se encuentra al servicio de la persona humana, por lo tanto, dispone de los instrumentos regulatorios específicos para conseguir el respeto de las normas laborales, mediante una institucionalidad determinada que le permite ejercer sus potestades fiscalizadoras y sancionadoras. La imposición de cláusulas sociales claramente no constituye una habilitación para que el Estado renuncie a sus potestades, so pretexto de haber impuesto determinados deberes sobre los contratistas privados, por cuanto, junto con la servicialidad, el Estado debe respetar

incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato”.

el principio de subsidiaridad que le permita al particular ejercer los derechos económicos derivados de la Carta Fundamental, sin la intervención del Estado ni restricciones que afecten el derecho en su esencia ni impongan cargas, condiciones o requisitos que perturben el legítimo ejercicio del derecho (Art. 19 N° 26 CPR).

A nuestro juicio, la incorporación de cláusulas sociales encuentran limitaciones sustanciales. En primer lugar, por simple que parezca, la introducción de cláusulas sociales debe venir impuesta por el legislador, y no puede ser configurada por los órganos administrativos contratantes, por la vía de bases de licitación o regulación infralegal. Lo anterior, por cuanto, si es la Administración la encargada de especificar criterios sociales en la contratación pública, podría infraccionar el principio de servicialidad del Estado, exigiendo a los potenciales licitantes condiciones que excedan el marco del contrato, renunciando *de facto* el Estado a los mandatos del principio de servicialidad, esto es, a la satisfacción directa de necesidades públicas. Un ejemplo claro de lo anterior consiste en que las Bases de Licitación exigiesen que los licitantes deban tener políticas de fomento a la cultura, la superación de la pobreza, entre otras, con una clara omisión de los mecanismos y la institucionalidad del Estado que tiene por objetivo cumplir funciones similares¹⁰.

En segundo lugar, es esencial que en la implementación de cláusulas sociales en los contratos públicos se disponga de parámetros objetivos para determinar la naturaleza de las cláusulas, sus límites y alcances, puesto que podrían configurarse cláusulas cuya imposición dificulten el cumplimiento del objeto contractual. En otras palabras, no se debe perder de vista que la cláusula social es un medio (un anexo) y, por lo tanto, su imposición no puede afectar el cumplimiento del contrato administrativo, debiendo guardar relación con el objeto y los plazos regulados del contrato.

En tercer lugar, la norma que habilite a la Administración a introducir cláusulas sociales dentro los procesos de licitación y, por ende,

¹⁰ Al respecto la Contraloría General de la República ha señalado "(...) que las inhabilidades establecidas en la Ley N° 19.886 constituyen una restricción al principio de la libre concurrencia, consignado en el artículo 9° de la Ley N° 18.575, al prohibir la participación de los proveedores afectados en los procedimientos licitatorios y en la suscripción de contratos con la Administración, por lo que son de derecho estricto y no pueden, por tanto, extenderse más allá de sus términos". Cfr. Dictámenes N° 55.801, de 2016, y N° 11.413, de 2018.

en los contratos administrativos, debe implementar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que le permitan a la autoridad distinguir la naturaleza del incumplimiento, su duración y la relación con la sanción aplicable y los efectos del incumplimiento de la cláusula social, a fin de que no exista una sola reacción exclusiva y excluyente al incumplimiento de una cláusula social, como la regulada en el artículo 4º de la Ley N° 19.886.

4. JUICIO LABORAL Y APLICACIÓN AUTOMÁTICA DE LA SANCIÓN

De la lectura del artículo 294 bis del Código del Trabajo y del artículo 4º, inciso primero, de la Ley N° 19.886, de 2003, se desprende que una vez tramitado el juicio laboral relacionado con prácticas antisindicales o con infracciones a los derechos fundamentales de los trabajadores, el Tribunal Laboral debe enviar copia a la Dirección del Trabajo para los efectos de proceder al registro de las sentencias condenatorias. Dicho registro será público y conocido por la Dirección de Compras Públicas, que al momento de licitar aplica la inhabilidad en forma automática.

Como se puede apreciar, el funcionamiento de la inhabilidad para contratar con el Estado luego de pronunciada la sentencia laboral es de carácter automático, limitándose el juez a remitir la sentencia a la Dirección del Trabajo para su posterior registro y aplicación. Sin embargo, nos preguntamos si para la operatividad de la inhabilidad para contratar es necesario que el trabajador la solicite expresamente en su demanda. En segundo lugar, qué ocurre si el tribunal rechaza la aplicación de dicha petición, ¿no se configuraría la inhabilidad?

Sobre esta materia, estimamos que para que opere la inhabilidad de contratar con el Estado es necesario que el demandante en materia laboral solicite en su escrito la imposición por parte del Tribunal Laboral de la inhabilidad para contratar. De ello, se colige que si el trabajador no solicita la inhabilidad en su escrito de demanda, o el juez que conoce la causa no se pronuncia sobre la inhabilidad, esta no se configuraría, por tanto, la empresa se encontraría perfectamente habilitada para contratar con el Estado. En consecuencia, es necesario solicitar la inhabilidad, quedando el juez obligado a pronunciarse sobre el mérito o conveniencia de los hechos que le sirven de sustento de la inhabilidad.

Lo anterior es coherente con las normas que inspiran el debido proceso, por cuanto tal como lo sentenció el Tribunal Constitucional respecto de la Pontificia Universidad Católica de Chile, *“no hay sanción válida sin juzgamiento previo. A partir del artículo 19 N° 3, inciso sexto, constitucional, la cuantiosa jurisprudencia que avala ese aserto es demasiado conocida para que sea necesaria otra cosa que reiterarla nuevamente, ante una ley que hace de la aplicación de cierta sanción un hecho puramente maquinal”* (Cons. 14°).

En el mismo sentido, la Contraloría General de la República, quien a propósito de una licitación de infraestructura convocada por el Ministerio de Salud ha señalado que *“Ahora bien, en la antedicha sentencia no se condenó a la persona mencionada por la vulneración de algún derecho fundamental del trabajador y tampoco se ordenó remitir la citada resolución a la Dirección del Trabajo para su registro. En tales circunstancias, es menester concluir que el Ministerio de Salud se ajustó a derecho al permitir la participación de la persona aludida en el proceso concursal en comento y al adjudicarle, el contrato respectivo, ya que no le afectaba la inhabilidad a que se refiere la recurrente”*¹¹.

En opinión del autor, la inhabilidad debe ser solicitada y queda a criterio del juez del trabajo determinar su aplicación, tomando en consideración la gravedad de los hechos de la denuncia, así como los elementos internos de la empresa, tales como la existencia de medidas de autorregulación interna laboral y las conductas anteriores de la empresa denunciada. Solo una interpretación en este sentido evita el automatismo de la inhabilidad, por cuanto la Ley N° 19.886 no contempla una oportunidad posterior en la cual la empresa afectada pueda discutir ante los Tribunales Laborales la procedencia, o bien la duración de la inhabilidad impuesta por el Estado ni mucho menos que exista un juicio paralelo para resolver la gravedad de los hechos que sustentan la potencial inhabilidad.

A su vez, el particular contratante tampoco dispone de una instancia ante el órgano administrativo que permita analizar los supuestos de hecho en que se sustenta la causal de inhabilidad, sino que el órgano administrativo para comprobar la existencia de la inhabilidad, mas no sus fundamentos, se limita a verificar la existencia de una sentencia condenatoria de los Tribunales de Justicia, así como las certifica-

¹¹ Dictamen N° 7.643, de 2019.

ciones que la Dirección del Trabajo emita en base a la información que recabe de los registros públicos. Por su parte, respecto del particular, el órgano público (Universidad de Talca) exige una declaración jurada de que aquel no se encuentra afectos a la inhabilidad de contratar con el Estado¹², no existiendo una revisión sustantiva de las causales de la inhabilidad que le permitan a la autoridad administrativa aplicar criterios de proporcionalidad y razonabilidad que atemperen la sanción del artículo 4º de la Ley N° 19.886.

5. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (GRAVEDAD, IDONEIDAD Y NECESIDAD)

Tal como hemos señalado previamente, la imposición automática de la inhabilidad de contratar con el Estado vulnera el principio de proporcionalidad que el Estado debe observar en el ejercicio de potestades, por cuanto dicha prohibición solo considera como antecedentes válidos la sentencia condenatoria por prácticas antisindicales o por infracción de los derechos de los trabajadores, sin la incorporación de ninguna clase de criterio que permitan atemperar una inhabilidad tan gravosa en su contenido como en su vigencia temporal.

Dogmáticamente, se entiende por principio de proporcionalidad o prohibición de excesos, “(...) *el principio constitucional en virtud del cual, la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de aquellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes o conflictos, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal –en cualesquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)– debe ser útil, necesaria y proporcionada*”¹³.

En este sentido, el principio de proporcionalidad se conceptualiza como aquel principio que prohíbe “(...) *la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, por*

¹² Dictamen N° 6.388, de 2009.

¹³ BARNES (1994), p. 500.

*cuanto, la proporcionalidad es antes que todo un mecanismo de control del poder, o que es lo mismo, es un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es o no lícita*¹⁴.

De lo anterior se desprende que la aplicación del principio de proporcionalidad exige que toda intervención en la libertad y propiedad de las personas por parte del poder público, sea del legislador, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, debe perseguir una finalidad legítima, ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo. A su vez, debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados, bajo la lógica de la mínima intervención.

En este sentido, el principio de proporcionalidad demanda del operador del derecho que la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención, en consecuencia los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad, debiendo observar que la gravedad de las intervenciones debe ser proporcional a la urgencia o necesidad de los objetivos. Por lo tanto, si los objetivos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad.

Normativamente, el principio de proporcionalidad se desprende de los numerales 2 y 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, y exige que exista una adecuada correlación entre conducta infracción normativa y reproche elegido por el legislador, o específicamente la Administración, para corregir dicha infracción. En efecto, el principio de proporcionalidad exige un adecuado equilibrio entre el castigo entre el castigo impuesto y la conducta imputada¹⁵, por cuanto la proporcionalidad de un pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo cual implica que la sanción sea proporcionada o ajustada a la gravedad de los hechos que se castigan, tomando siempre en consideración las circunstancias fácticas de cada caso¹⁶.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado respecto del principio de proporcionalidad que *“El juicio de igualdad exige ana-*

¹⁴ ARNOLD / MARTÍNEZ ESTAY / ZÚÑIGA URBINA (2012), p. 66.

¹⁵ Pullman Bus Costa Central S.A. (2014).

¹⁶ GUZMÁN LYON (2016).

lizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de la arbitrariedad. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley, su finalidad y los derechos del afectado que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación”¹⁷.

Siguiendo el este razonamiento, el Tribunal Constitucional señala que “(...) la oración final del artículo 4º, inciso primero, de la Ley N° 19.886 se presta para abusos por ser insuficiente a efectos de asegurar que la medida de castigo no trascienda la gravedad de los hechos cometidos: como quiera que describe una conducta amplísima, que no individualiza por sus características propias cuáles son en sí mismos los hechos concretos que se valoran por sus repercusiones negativas (“prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador”), ella deviene susceptible de aplicación indiscriminada, puesto que puede llegar hasta abarcar actuaciones de ínfima significación o apenas reconducibles a su formulación genérica, a las que se ha de aplicar una sanción única e inexorable, prevista con un rigor que otras normas reservan para los crímenes más graves (la “exclusión” por dos años del sistema de contratación administrativa señalado)”¹⁸.

En efecto, el principio de proporcionalidad dispone que la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre los posibles –ley del mínimo intervencionismo)¹⁹.

De esta forma, el principio de proporcionalidad es vulnerado por el legislador, cuando este configura sanciones o apremios sin pautas jurídicas precisas, que le permitan al órgano público modular su aplicación, y renunciar a la aplicación de plano del gravamen público. En este sentido, para respetar el principio de proporcionalidad deben existir criterios objetivos que limiten la automaticidad de los actos desfavorables hacia a los particulares, que le permitan a

¹⁷ ROJAS HERNÁNDEZ (2016).

¹⁸ TC, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Rol N° 3570-2017.

¹⁹ TC, Sentencia de 13 de diciembre de 2016, Rol N° 2983-16.

la Administración distinguir la naturaleza y los potenciales efectos de la medida restrictiva de derechos.

Al respecto, Vergara señala que el principio de proporcionalidad supone *“una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas. Este principio impone criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos criterios, incluso derivados de otros principios, como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción (...)”*²⁰.

En este sentido, en la especie, la inhabilidad de contratar con el Estado por un período de dos años ininterrumpidos no guarda armonía con la condena laboral de prácticas antisindicales o infracciones a los derechos fundamentales de los trabajadores, por cuanto no incorpora criterios que le permitan al Estado revisar los supuestos fácticos en que se sustenta la condena laboral, por cuanto los hechos que sirven de sustento a la condena laboral pueden ser de baja entidad para aplicar una medida tan drástica como la prohibición de contratar con el Estado.

A su vez, a nuestro juicio, consideramos que la ausencia de criterio de distinción entre infracciones graves y menos graves, que le permitan a la autoridad administrativa contratante distinguir y aplicar medidas de corrección, genera que el inciso 2º del artículo 4º de la Ley N° 19.886, en lo relativo a deudas de remuneraciones y cotizaciones previsionales, resulte ineficaz, por cuanto dicho precepto consagra la obligación que los primeros pagos del contratista estén destinados al pagar los saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social adeudadas a los trabajadores. En este sentido, el Rol N° 3570 que comentamos señala expresamente que:

“(...) la objetada exclusión tampoco tiene por objetivo asegurar el cumplimiento ininterrumpido de los contratos administrativos, en cuanto la zozobra en las relaciones del co-contratante con sus trabajadores pudiera poner en peligro el cumplimiento regular y continuo de las necesidades públicas comprometidas en dichos convenios.

A este respecto, existen en nuestro medio normas y prácticas de antigua data, en cuya virtud la autoridad, previo a celebrar cual-

²⁰ VERGARA BLANCO (2004), p. 144.

quier contrato administrativo, siempre ha debido verificar que los postulantes no registren deudas laborales y previsionales pendientes, a más de reconocérsele en ellas la facultad para fiscalizar y multar el incumplimiento de las leyes del trabajo y de seguridad social por parte de sus contratistas, durante el desarrollo del respectivo acuerdo de voluntades” (considerando 5º).

Al respecto, la sentencia señala que el artículo 4º no identifica positivamente ningún supuesto en que puede subsumirse alguna específica infracción asociada a prácticas antisindicales o infracciones a los derechos fundamentales de los trabajadores, sino que alude a los hechos reprochados solo por el efecto negativo que han producido conforme a un criterio de valoración. De modo que –señala el Tribunal Constitucional– por esa sola consecuencia generada, cualquier acto o conducta deviene susceptible de una única sanción, sin importar sus características intrínsecas, entidad, trascendencia ni gravedad ni mucho menos la posición jurídica de la empresa en determinados mercados.

En este sentido, el precepto tampoco distingue la gravedad de los hechos que le sirven de sustento a la inhabilidad, no comulgando con otras normas que establecen inhabilidades similares, como por ejemplo, la “*prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado*”, que establece el artículo 8 de la Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, ni con el artículo 10 del mismo cuerpo legal que dispone que la pena consistente en la prohibición temporal de contratar con el Estado admite graduaciones desde los 2 años a los 5 años dependiendo de la gravedad de la sentencia penal.

Al respecto, la sentencia vinculada a la Pontificia Universidad Católica señala que “(...) *en otros precedentes legales infracciones análogas se encuentran más delimitadas, a la vez que su perpetración da origen a la menos drástica sanción de poner término anticipado al respectivo contrato administrativo, previamente celebrado. En la Ley N° 18.696, sobre Transporte de Pasajeros, se contempla como causal de término de las concesiones de uso de vías y de servicios complementarios el “reiterado incumplimiento grave” de las normas laborales con los propios trabajadores, entendiéndose por tal “la existencia de más de cuatro condenas ejecutoriadas por infracciones a los derechos fundamentales del trabajador”, por ejemplo (artículo 3º decies, agregado por la Ley N° 20.504)*” (considerando 6º).

O, en el caso de contratos administrativos típicos de como la concesión de obra pública, el Tribunal Constitucional señala que “(...) *tampoco se encuentra una exclusión de esta índole, circunstancia que impide otorgarle la calidad de norma rectora o parte aglutinante del espíritu general de la legislación. Así, por ejemplo, la ley de concesiones de obras públicas permite que en las bases de precalificación de los licitantes se establezca como factor de evaluación el “cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social”, artículo 6° bis añadido por la Ley N° 20.410 del año 2010, pero sin que ello pueda servir de pretexto para eliminar a priori a algunos candidatos.*

Según es dable apreciar, entonces, la exclusión a priori de que se trata no atañe a la regulación material que es propia de los contratos administrativos, transformándose por esto en una exigencia inconducente a su respecto, que atenta contra el interés general que merced a esos contratos se busca cumplir y los derechos constitucionales de los interesados que en el considerando 2° se han indicado” (considerando 6°).

Tampoco el artículo 4 de la Ley N° 19.886 se puede armornizar con la legislación comparada, que acude a criterios de diferenciación de gravedad de los hechos que le sirven de sustento a la inhabilidad. Así, por ejemplo, la Ley N° 30.225, de Contrataciones del Estado colombiano, regula como sanción la inhabilidad de contratar con el Estado, consagrando mecanismos de atenuación de la sanción dependiendo de la gravedad de la infracción cometida por el contratista y sancionada por el Tribunal de Contrataciones del Estado. Al respecto, el artículo 50.4 dispone que la inhabilidad temporal no puede ser menor de 3 meses ni mayor de 36 meses ante la comisión de las infracciones. Y que la inhabilidad definitiva es la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección, y que se aplica al proveedor que en los últimos cuatro años se le hubieren impuesto *más de 2 sanciones de inhabilitación temporal, que en conjunto sumen 36 meses*²¹.

²¹ Una norma similar se encuentra en el artículo 8° de la ley colombiana que fija el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, N° 80, de 28 de octubre de 1993, que dispone que: “*Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma*”.

Por otra parte, una regla más estricta se encuentra en el artículo 71, letra a) de la Ley N° 9/2017, de 8 de noviembre, que regula los Contratos del Sector Público en el ordenamiento español, que establece que se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado quien por sentencia firme haya sido condenado por “*delitos contra los derechos de los trabajadores*”. Más adelante, el artículo 72 establece que le corresponde al órgano administrativo aplicar la inhabilidad, cuando la sentencia condenatoria se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas.

Como se puede apreciar de la legislación citada, el legislador comparado no es partidario de la aplicación directa de la inhabilidad de contratar con el Estado, en el caso de vulneración de los derechos de los trabajadores, sino que le entrega al juez o al órgano administrativo un margen de apreciación para determinar la sanción adecuada que prive al particular de acceder a los beneficios públicos, evitando incurrir en sanciones automáticas sin debido proceso.

Lo anterior es coherente con lo sustentado por la Contraloría General de la República, que consultada sobre la hipótesis de si la inhabilidad para contratar con el Estado se transfería a una nueva empresa resultante de una fusión, el ente contralor señaló que:

“(...) si una sociedad ha sido condenada por estas conductas después de la presentación de la oferta o de la formulación de la propuesta, tratándose de licitaciones públicas o privadas, respectivamente, está habilitada para celebrar los contratos derivados de esos procesos concursales, pues no tiene el impedimento en el momento exigido por la ley, no obstante, quedará sujeta a la prohibición de participar en nuevas licitaciones públicas y privadas, así como de suscribir contratos por trato directo, en los términos previstos en el citado artículo 4°”²².

De lo anterior, se puede desprender que la inhabilidad debe ser interpretada en términos restringidos desde el punto de vista formal como sustantivo, así como en los aspectos temporales, debiendo ser aplicada solo a aquellos casos de mayor gravedad, que hayan sido acreditados en el respectivo proceso laboral. En efecto, tal como se argumentó durante los alegatos de ambas sentencias, es el Tribunal

²² Dictamen N° 26.153, de 2012.

Laboral el encargado de aplicar criterios que permitan diferenciar casos de afectación directa de los derechos laborales, porque no es lo mismo no respetar el fuero maternal, que incurrir en un retraso de uno o dos días en el pago de cotizaciones previsionales.

CONCLUSIONES

Luego de analizar las sentencias comentadas, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. Que, la inhabilidad para contratar con el Estado tiene por objetivo incorporar en nuestro ordenamiento jurídico elementos exógenos a la contratación pública, para asegurar que el contratista que postula a convenir con el Estado respete reglas básicas, como la regulación ambiental, social, laboral o cultural.
2. Que, si bien constituye un avance indesmentible de política pública la incorporación de factores exógenos a la contratación administrativa (contratación estratégica), ella no puede convertirse en el objeto principal del contrato, por cuanto, el contrato tiene finalidades precisas atribuidas por nuestro ordenamiento jurídico. Ello, por cuanto las cláusulas sociales ostentan la posición de coadyuvante respecto del objeto contractual. En este sentido, la incorporación de cláusulas sociales deben ser proporcionadas y ajustadas a la realidad del contrato.
3. Que, el exceso de cláusulas sociales en la contratación administrativa sin el diseño de criterios de gravedad ni objetivos precisos, puede constituirse en una vía indirecta de renuncia estatal al principio de servicialidad del Estado (Art. 1, inciso 4, CPR). Ello, porque la regulación de cláusulas sociales no deroga las potestades ni la institucionalidad estatal configurada por el legislador para conseguir los mismos objetivos (*v. gr.*, medio ambiente, laboral, social, etc.), como las potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la Dirección del Trabajo.
4. Que, el trabajador debe solicitar en su demanda la aplicación de dicha inhabilidad y el juez debe pronunciarse sobre ella para que se configure la prohibición del artículo 4, por cuanto el debido proceso obliga a que toda sanción obedezca a un proceso previo legalmente tramitado (Art. 19 N° 3, CPR). La interpretación contraria arriba la conclusión de que no exista una instancia

de revisión para una medida excesivamente gravosa en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, es el Juez del Trabajo el competente para revisar los supuestos de hechos que le sirven de sustento a la inhabilidad de contratar con el Estado, regulada en el artículo 4º de la Ley N° 19.886 (prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador).

5. Que, la inhabilidad de contratar con el Estado por el plazo de 2 años como consecuencia de condenas laborales, en los términos regulados en el artículo 4º de la Ley N° 19.886, no se ajusta al principio de proporcionalidad. Por una parte, porque no admite graduaciones (gravísimas, graves y menos graves) que le permitan al juez o al órgano administrativo calificar los hechos denunciados y adecuarlos razonablemente a la sanción. Y, por otra parte, porque la aplicación automática de la sanción impide la utilización de otros medios menos intensos que persiguen un resultado similar, como la retención de pago para fines previsionales o laborales.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1 (2012).
- BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, N° 135 (1994).
- BERTAZZO, Silvia, “La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública. La experiencia europea”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLVI (2016).
- GIMENO FELIU, José María, “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, en *Anuario del Gobierno Local* (2017).
- LARA ARROYO, José Luis y HELFMANN MARTINI, Carolina, “Tribunal Constitucional y contratación pública: inhabilidades para contratar con el Estado y restricciones de libertades económicas”, en *Sentencias Destacadas*, 2012.

PERNAS GARCÍA, J.J., “Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública”, en SANZ LARRUGA, J., GARCÍA PÉREZ, M., PERNAS GARCÍA, J.J., *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

VERGARA BLANCO, Alejandro, “Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, año 11, N° 2, (2004).

JURISPRUDENCIA CITADA

Dictamen N° 55.801, de 2016.

Dictamen N° 11.413, de 2018.

Dictamen N° 7.643, de 2019.

Dictamen N° 6.388, de 2009.

Dictamen N° 26.153, de 2012.

OTROS

Universidad Católica de Chile (2018): Tribunal Constitucional de Chile, 28 de noviembre de 2018 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 3570-17.

Universidad de Chile (2018): Tribunal Constitucional de Chile, 28 de noviembre de 2018 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 3702-17.

Pullman Bus Costa Central S.A (2014): Tribunal Constitucional de Chile, 9 de octubre de 2014 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 2658-14.

Guzmán Lyon (2016): Tribunal Constitucional de Chile, 29 de septiembre de 2016 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 2922-15.

Rojas Hernández (2016): Tribunal Constitucional de Chile, 13 de diciembre de 2016 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 2983-16.