

FRANCISCA UGALDE SILVA

**LAS POLÍTICAS HORIZONTALES EN LA LEGISLACIÓN
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILENA**

HORIZONTAL POLICIES IN THE CHILEAN PUBLIC
PROCUREMENT LAWS

ARTÍCULO INÉDITO DE INVESTIGACIÓN

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO) Ugalde Silva, Francisca. «Las políticas horizontales en la legislación de contratación pública chilena». *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 10 (2022).
<https://doi.org/10.7764/rda.10.19929>

REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC Número 10
Diciembre 2022
ISSN: 2452-4344

Recepción: 21 de abril, 2022
Aceptación: 16 de diciembre, 2022

Resumen

En las últimas décadas se han ido incorporando, tanto a nivel internacional como en nuestro país, criterios distintos a la búsqueda del menor precio en las distintas normativas sobre contratación pública, en especial relacionados a temáticas sociales y ambientales. Dicha incorporación no ha estado exenta de críticas, tanto doctrinarias como jurisprudenciales. Este trabajo explora cómo podemos entender estas llamadas políticas horizontales, realiza un barrido de derecho comparado, y luego analiza sus implicancias y legitimidad.

Palabras clave: Contratación pública, políticas horizontales, sostenibilidad, regulación, obras públicas.

Abstract

In the last few decades there has been a push in several jurisdictions around the world, including Chile, to introduce in the public procurement processes, elements beyond achieving the lowest price possible, like social and environmental criteria, although the process has not occurred without criticism, both from authors and the judiciary. This paper explores how can we understand these so-called horizontal policies and analyses their implications and legitimacy.

Keywords: Public procurement, horizontal policies, sustainability, regulation, public works.

Francisca Ugalde Silva

Ibarra & Asociados
Santiago, Chile
franugalde@gmail.com

Francisca Ugalde Silva es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, LLM en Derecho Regulatorio de la misma universidad y cuenta con un diploma en Regulación y Derecho Público de la Universidad de Chile. Dedicada al derecho administrativo y regulatorio, con experiencia en desarrollo de proyectos, compras públicas, infraestructura, energía, entre otros.

Ibarra & Asociados
Santiago, Chile
franugalde@gmail.com

Francisca Ugalde Silva is lawyer and has a degree in Law from Pontificia Universidad Católica de Chile. She is an LLM in Regulatory Law from Pontificia Universidad Católica de Chile and holds a post-graduate diploma in Regulation and Public Law from the Universidad de Chile. Her practice is centered in public procurement, including public works, and regulatory matters.

I. INTRODUCCIÓN

Que un Gobierno suscriba contratos con privados para la prestación de servicios o el suministro de bienes es tan antigua como la idea misma de Estado, tal como puede observarse en la institución de los *publicani* en la República romana.¹ Sin embargo, no cabe duda de que desde la segunda mitad del siglo XX se ha vivido en Occidente un cambio de paradigma político y económico que transformó la noción de lo que contrataría el Estado y en qué momentos intervendría directamente en la economía. En especial desde la década de 1980, en nuestro país y en buena parte de Occidente se vivió un proceso de privatización y desregularización que llevó al Estado, cada vez más, a suscribir contratos y delegar en privados la prestación de innumerables servicios que antes proporcionaba directamente —como la generación de energía eléctrica—, o bien, el suministro de bienes que antes fabricaba exclusivamente. Así, actividades de servicio que tradicionalmente se entendían propias de la Administración, ahora se entregan a agentes privados, manteniendo esta última una posición reguladora.² Esto incluye sistemas de concesión de bienes y servicios públicos, como puede observarse en las de obras públicas, eléctricas o de servicios sanitarios, lo que ha llevado a considerar este tipo de normativa bajo la idea de la regulación económica.³

Así, la contratación administrativa se ha vuelto un tema cada vez más relevante, pues no solo resulta algo con lo que los ciudadanos nos relacionamos todos los días —a través del uso que hacemos de la infraestructura pública, o por interactuar con distintos servicios que presta el Estado—, sino que también conforma una parte relevante del gasto público (alrededor de 6% del PIB).⁴ Esa gran capacidad económica resulta atractiva para

¹ Estos eran privados contratados por Roma para la recolección de impuestos en sus provincias. Mary Beard, *SPQR: A History of Ancient Rome* (Nueva York: Liveright, 2015).

² Este proceso tiene diversas explicaciones, como una modificación radical en la concepción de la relación entre Estado y sociedad; la creciente complejidad tecnológica, científica y económica en el mundo; la globalización; la fragmentación de la sociedad, etcétera. Esto reconfigura al Estado en uno garante, en que no ejecuta necesariamente actividades materiales directas, sino que garantiza que los privados actúen en forma adecuada. José Esteve, «La extensión del derecho público: Una reacción necesaria», *Revista de Administración Pública* 189 (2012): 11-10.

³ Luis Cordero Vega, *Lecciones de derecho administrativo* (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 127.

⁴ En 2018 —último año en que pudimos encontrar una cifra publicada oficialmente—, se estimó que las compras públicas ascendían a 4,6% del PIB (fuente: Presentación de la Dirección de Compras y Contratación Pública, <https://www.chilecompra.cl/category/centro-de-documentacion/institucional/publicaciones>, consultado el 19 de enero de 2021), mientras que las obras públicas se estima en 2% («MOP: Inversión en infraestructura en Chile debiera ser 1,2% más del PIB», *Emol*, 7 de mayo de 2011, <https://www.emol.com/noticias/economia/2011/05/07/659018/ministro-undurragainversion-en-infraestructura-debe-ser-del-35-del-pib-nosotros-estamos-en-23.html>).

muchas empresas; por ejemplo, aquella dedicada a la edificación le puede resultar muy conveniente adjudicarse contratos para la construcción o mantención de obras públicas —contratos que, muchas veces, ascienden a miles de millones de pesos— y, en consecuencia, buscará cumplir aquello que la Administración le exija a fin de mantenerse como proveedor del Estado.

Entonces, no resulta exagerado afirmar que, a causa de su gran poder adquisitivo, el Estado puede influir en los mercados y en el comportamiento de las empresas con las cuales se relaciona. Esta capacidad ha sido reconocida por diversos países, lo que les ha llevado a añadir en sus ordenamientos de contratación administrativa criterios relacionados con políticas públicas diferentes al ahorro, como consideraciones medioambientales, el fortalecimiento del desarrollo local (pymes), favorecer la igualdad de género, luchar contra la corrupción, etcétera.⁵ Esta idea hoy forma parte de políticas de Naciones Unidas —en especial en vistas a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)—, así como de la Unión Europea y otros organismos internacionales y multinacionales, como veremos más adelante. Además, ha ido incorporándose al ordenamiento jurídico chileno a través de diversas vías.

En este trabajo indagaremos los modos en que el legislador y el regulador internacional y chileno han intentado imbuir de algunas de estas clases de políticas a la normativa de contratación administrativa —centrándonos en los contratos de suministro y prestación de servicios, de obra pública y de concesión de obra pública (el llamado *public procurement*)— en materias que van más allá de la búsqueda del mejor precio, mediante las llamadas políticas horizontales, socioculturales o secundarias.

2. SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como sabemos, la Administración generalmente actúa mediante la dictación de actos administrativos unilaterales, es decir, declaraciones productoras de efectos jurídicos mediante su sola voluntad.⁶ Sin embargo, también lo hace mediante actos multilaterales, no solo entre los distintos organismos públicos, sino que entre la Administración y los privados. En este último caso, la Administración puede utilizar «instrumentos contractuales dentro del ámbito de las relaciones patrimoniales —comunes a todos los sujetos de derecho— en

⁵ Concepción Campos, «Contratación responsable: Mucho ruido y pocas nueces», blog *Masqueleyes*, <https://concepcioncampos.org/contratacion-publica-responsable-mucho-ruido-y-poca-nueces/>.

⁶ Como señala Bermúdez, un acto administrativo es «la decisión de la Administración Pública con la que concluye el procedimiento administrativo, y que resuelve, con carácter imperativo y unilateral sobre la aplicación del ordenamiento jurídico respecto de uno o varios casos concretos». Jorge Bermúdez, *Derecho administrativo general* (Santiago: Legal Publishing, 2014).

un terreno de colaboración o intercambio patrimonial, donde paga dinero o transfiere posibilidades de actuación a ella reservadas (como la entrega de concesiones), a cambios de cosas o de servicios que busca».⁷ Con todo —y como veremos a continuación—, no se trata de contratos iguales a los que se suscriben entre privados, pues, al ser el bien común el fin último del Estado, «el contrato que celebre estará igualmente marcado por esa finalidad pública, del interés colectivo, del bien común, pero no por eso dejará de ser contrato, es decir, intercambio de bienes, intercambio de prestaciones, acordado voluntariamente por ambas partes, y sobre bases de justicia».⁸

Estos actos multilaterales resultan muy útiles para la Administración, en especial considerando los principios de cooperación,⁹ de servicialidad,¹⁰ y de eficiencia y eficacia.¹¹ La Contraloría General de la República se ha referido a los contratos administrativos en sentido amplio, en cuanto el concepto «abarca los diversos tipos de contratos que celebren los entes de la Administración, tanto en el ámbito de sus potestades exorbitantes como en el de su actuación en un plano de igualdad con los particulares».¹² Cabe apuntar, en todo caso, que no todo contrato que suscriba la Administración con un particular será un contrato administrativo, pues el ordenamiento le permite suscribir contratos privados, en cuyo caso actuará desprovista de su poder de imperio, rigiéndose íntegramente por las normas del derecho civil.¹³

⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I* (Madrid: Civitas, 2002), 673-674.

⁸ Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo: Temas fundamentales* (Santiago: Legal Publishing, 2012), 554.

⁹ Consiste en la actuación conjunta de la Administración con los administrados o con otras Administraciones públicas para el logro del mismo fin, que en general se identificará directa o indirectamente con la satisfacción de necesidades públicas. Jorge Bermúdez, «La protección del patrimonio público a través de instrumentos administrativos», *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* 14, n.º 1 (2007): 25.

¹⁰ El artículo 1 de la actual Constitución señala que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. En consecuencia, la Administración del Estado existe para atender las necesidades públicas en forma continua y permanente. Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2.024, considerandos sexto, séptimo y decimoquinto.

¹¹ La *eficiencia* se refiere al deber de actuar racionalmente en el uso de los recursos públicos, mientras que la *eficacia* es el principio por el cual las autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad. Izaskun Linazasoro, «El derecho a una buena administración pública en Chile», *Revista de Derecho Público* 88 (2018): 97.

¹² Dictamen 46.532 de 2000, entre otros.

¹³ Esto se presenta, por ejemplo, cuando la Administración celebra contratos para arrendar bienes inmuebles cuya propiedad sea privada; allí se tratará de contratos privados.

2.1. Características de los contratos administrativos

Al no existir un concepto único de contrato administrativo en nuestra legislación, debemos recurrir a lo que ha señalado la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo, Bermúdez indica que son «acuerdos de voluntades entre un organismo de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas y un particular u otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones».¹⁴ Mientras tanto, Silva Cimma los define como un «acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquella, que persigue un fin público y que se somete a las reglas del derecho público».¹⁵

Como ya vimos, este tipo de acuerdos supone que la Administración utiliza instrumentos contractuales dentro del ámbito específico de las relaciones patrimoniales que son comunes a todos los sujetos de derecho,¹⁶ pero estos tienen particularidades que los distinguen de los contratos privados, y de formas bastante relevantes. Por ejemplo, se rigen, primariamente, por normas del derecho público, es decir, aquellas que regulan la actividad estatal; el contrato puede recaer sobre bienes que no están dentro del comercio, como podría ser la entrega de una concesión sobre un bien nacional de uso público;¹⁷ opera en ellos el principio de preeminencia de la Administración,¹⁸ en cuanto el contrato estará estructurado bajo cláusulas exorbitantes que no serían posibles de sostener en contratos del derecho común, existiendo así desigualdad entre las partes, entre otras características especiales.

Es importante para los efectos de este trabajo señalar que la ley mandata que las licitaciones deben propender a la eficiencia, eficacia y ahorro en sus contrataciones (artículo 6 de la Ley 19.886, LBCA). Tradicionalmente, ello se entendía como simplemente buscar

¹⁴ Bermúdez, *Derecho...*, 239.

¹⁵ Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado* (Santiago: Jurídica, 1995), 174.

¹⁶ Nancy Barra y Gabriel Celis, *Contratación administrativa bajo la Ley de Compras* (Santiago: Thomson Reuters, 2012).

¹⁷ Como sabemos, el dominio público se encuentra regido por un estatuto de derecho público, y la intransferibilidad es uno de sus atributos característicos, que protege sus fines de utilidad pública, por el riesgo de convertirse en objeto de la autonomía de la voluntad particular. Santiago Montt, *El dominio público: Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (Santiago: Legal Publishing, 2009), 172.

¹⁸ Es decir, la Administración no se encuentra en idéntica igualdad con el co-contratante, pues satisface el interés general, mientras que el contratista su interés particular. De ahí que se le otorgan potestades exorbitantes en comparación a un contrato privado. Cordero Vega, *Lecciones...*, 435.

el menor precio posible dados ciertos estándares de calidad exigidos por el respectivo organismo. Sin embargo, en la última década se ha puntualizado que esa eficiencia, eficacia y ahorro implican, en realidad, buscar el mejor «valor por el dinero» (*value for money*). La Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP) lo define como la búsqueda de un correcto balance entre economía, eficiencia y eficacia, sin tomar estos conceptos de forma aislada; es decir, que lo óptimo en cada contrato es aquello que resulte más deseable para el organismo dadas las restricciones presupuestarias y de acuerdo con los objetivos buscados.¹⁹ El valor por el dinero, entonces, no implica necesariamente adjudicar a quien efectúe la oferta más baja, sino que considerar una serie de elementos para así elegir aquella que combine un buen precio y, a la vez, cumpla mejor los requerimientos del organismo y de los usuarios finales, sopesando el precio, la calidad, el cumplimiento de las normas, los riesgos asociados, el costo total de la vida del producto, el presupuesto, la sustentabilidad y la competencia.²⁰

2.2. Cómo se suscriben los contratos administrativos

En términos generales, ello se realiza una vez verificado un procedimiento administrativo, que usualmente será una licitación pública. Así lo dispone el artículo 9 de la Ley 18.575 (LOCBGAE), que señala que «los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley».²¹

Pues bien, las licitaciones públicas son procedimientos concursales abiertos, en los que se convoca a todos aquellos interesados en participar, resultando elegido quien haya efectuado la oferta que sea más conveniente y que se ajuste a las bases de licitación. Una vez adjudicada esa oferta —lo que debe realizarse mediante el acto administrativo correspondiente—, se suscribirá el contrato, que también será aprobado por acto administrativo, en el cual se regula la relación que en adelante regirá a las partes.

Para celebrar una licitación, el organismo elaborará unas bases, que es un documento aprobado por la autoridad competente y que contiene un conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones, describiendo los servicios a contratar o bienes a adquirir,

¹⁹ «Valor por dinero en las compras públicas», Dirección de Compras y Contratación Pública, <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/11/ValorxDinero2017.pdf>.

²⁰ «Economic Benefits of Better Procurement Practices», Deloitte, 2015, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/au/Documents/Economics/deloitte-au-the-procurement-balancing-act-170215.pdf>.

²¹ Existen otros procedimientos en la ley para celebrar contratos administrativos, incluyendo la licitación privada —a la cual se invita solo a ciertas personas a participar del concurso—, y el trato directo, en aquellos casos en que la Administración elige a determinado particular para suscribir el contrato. Sin embargo, estas modalidades son excepcionales y requieren de una resolución fundada para ser utilizados, por lo que no ahondaremos en ellos.

las etapas y plazos del proceso, los criterios de evaluación, la regulación del proceso de compra y el contrato definitivo.²² Es decir, las bases de licitación establecen las reglas del procedimiento que deben ser respetadas tanto por el organismo licitante como por los participantes, constituyendo la ley del contrato. Esto es recogido en el denominado principio de estricta sujeción a las bases de licitación, que se consagra, entre otros, en el artículo 10 de la LBCA y el artículo 3 del Reglamento para Contratos de Obra Pública (RCOP).²³

En nuestro país, cada tipo de contrato administrativo cuenta con sus propias reglas establecidas para la elaboración de bases de licitación, aunque están todos sujetos a las normas comunes de todo procedimiento administrativo —contenidas en la Ley 19.880—, así como a lo indicado en la LOCBGAE y la LBCA. Así, por ejemplo, para los contratos de prestación de servicios, la ley fija distintos plazos en los que el concurso debe estar abierto para recibir ofertas, lo que depende del monto de lo que se quiere contratar; o, en la Ley de Concesiones de Obra Pública (LCOP),²⁴ que establece una serie de reglas en cuanto a cómo deben establecerse los factores de la licitación, para elegir la oferta más conveniente. Es decir, son cláusulas de derecho público, no sujetas a negociación, y respecto de las cuales el interesado en participar solo puede acatar.

2.3. Regulación de los contratos administrativos

2.3.1. Normas generales

No existe en Chile una única ley sobre contratación administrativa, sino que varias que regulan distintos contratos, aunque en la base de ellas podemos encontrar principios consagrados en la actual Constitución Política. Así, su artículo 63 señala que son materias de ley, entre otras, las que fijan normas sobre la contratación de empréstitos por parte del Estado o sus empresas (números 6, 7 y 9); las que fijan normas sobre enajenación, arriendo o concesión de bienes del Estado o las municipalidades (número 10); aquellas respecto a operaciones que puedan comprometer directa o indirectamente la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y las municipalidades (número 8); y las que fijan las bases sobre procedimientos que rigen los actos de la Administración (número 18).

Respecto al rango legal, en primer término, nos encontramos con la Ley 18.575, que establece algunos de los principios básicos aplicables a todos los contratos administrativos.

²² Cordero Vega, *Lecciones...*, 130.

²³ Contenido en el Decreto 75-2004 del Ministerio de Obras Públicas.

²⁴ Contenida en el Decreto 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas.

Primero, el artículo 5 indica que las autoridades y funcionarios públicos deben velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos. Este es un principio general que, entre otras cosas, informa cómo deben realizarse las contrataciones del Estado con privados, cuya base debe ser el correcto uso de los recursos públicos.

Segundo, el artículo 9 dispone que los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, proceso que se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. Además, se estipula la posibilidad de acudir a una licitación privada o trato directo, en caso de ser necesario. Estos son los principios básicos de la contratación administrativa en el país.

Por varios años, las disposiciones generales recién transcritas sirvieron de base para una enorme cantidad de procedimientos de contratación, en especial los contratos de suministro y prestación de servicio, a nivel del Gobierno central, así como de las municipalidades y otros organismos descentralizados. Esto cambió con la promulgación de la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en 2003, seguido por su reglamento, en 2004. A pesar de que tal ley regula particularmente la compra y la prestación de servicios, se trata más bien de una ley marco, pues señala que se aplica supletoriamente a otros contratos administrativos, como los de ejecución y concesión de obra pública (artículo 3 letra e).

Los contratos que regula esta ley se refieren al suministro de bienes muebles, ya sea mediante la compra, el arriendo, o el arriendo con opción de compra, y, además, la prestación de servicios. Decreta su artículo 1 que la ley se aplica a todos los órganos de la Administración del Estado —los contemplados en el artículo 11 de la LOCBGAE—, salvo a las empresas públicas. Luego, dispone los contratos respecto de los cuales no rige, como la contratación de personal para la Administración, la adquisición de material de guerra, etcétera. Puede observarse, entonces, la amplitud de su regulación, ya que esta ley permite innumerables modalidades de contratación, desde la compra de insumos de bajo valor hasta la contratación de asesorías y servicios profesionales de gran cuantía económica.

2.3.2. Contratos de obra pública

A continuación, debemos referirnos a otra categoría de contratos administrativos, los concernientes a las obras públicas.²⁵ Las obras públicas son definidas de diversa manera

²⁵ En este trabajo estudiaremos solamente a las concesiones de obra pública, pues se refieren a la contratación de un servicio (la construcción de la obra), que se remunera —generalmente— mediante la explotación de la concesión. Esto a diferencia de otra clase de concesiones administrativas existentes en nuestro ordenamiento, como las concesiones de uso (de playa, litoral, etcétera), o las concesiones de servicio público, como las de electricidad, servicios sanitarios o de gas.

en la ley; así, el artículo 4 número 14 del RCOP estipula que son «cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por este, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público»; mientras que el artículo 39 de la LCOP establece que son «cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados». La doctrina, por su parte, las define como «cualquier clase de inmueble integrante del dominio público, inscritas a nombre del Fisco o de organismos públicos personificados».²⁶ Respecto a estos bienes pueden suscribirse contratos administrativos, como el de construcción de obra pública o de concesión de obra pública. Entonces, vemos inmediatamente la diferencia con lo que dispone la LBCA, en cuanto esta se refiere a la contratación respecto a bienes muebles, mientras que los contratos de obra pública se refieren a inmuebles.

En términos generales, según la LOC del Ministerio de Obras Públicas —contenida en el DFL MOP 850, de 1997—, es este el organismo autorizado para la ejecución, reparación o mantención de obras públicas fiscales,²⁷ ya sea directamente por este o por privados, sea a cambio de una remuneración o de la concesión temporal de su explotación.

Al respecto, y refiriéndonos a las concesiones de obra pública, en 1996 se promulgó el Decreto 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el Texto de la Ley de Concesiones de Obra Pública. Mediante este tipo de contrato, el Estado encarga a un particular la construcción de una obra pública, entregándosela en concesión en las condiciones acordadas con la Administración y pagándose en el tiempo mediante la explotación de esta. Desde el retorno a la democracia, a principios de la década de 1990, esta ha sido la principal vía por la cual el Estado chileno ha ejecutado grandes obras de infraestructura pública, no solo autopistas urbanas e interurbanas, sino que también hospitales, centros penitenciarios y aeropuertos, entre otros.²⁸ Sin embargo, en lo medular, este tipo de contrato no se diferencia del de obra pública tradicional más que en su modo de remuneración, puesto que ambos tienen por objeto la realización de infraestructura de uso o utilidad pública.²⁹

²⁶ Claudio Moraga Klenner, *Contratación administrativa* (Santiago: Jurídica de Chile, 2009), 72.

²⁷ Cabe señalar que existen otros organismos autorizados para contratar la ejecución, reparación o mantención de obras públicas, siendo los más relevantes los SERVIU, los distintos servicios de salud y las municipalidades. Sin embargo, es el Ministerio de Obras Públicas el que cuenta con la competencia general para ello; incluso, estos organismos podrían entregarle un mandato a este para que ejecute obras que se encuentran dentro de su competencia, como dispone el artículo 39 de la LCOP.

²⁸ Martín Loo, «Las concesiones de obra pública: ¿Qué son y por qué se utilizan en Chile?», *Revista de Derecho del Estado* 44 (2019): 328.

²⁹ Loo, «Las concesiones...», 332.

A continuación, el ya referido contrato de construcción de obra pública es aquel por el cual el Fisco le encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, sujeto al régimen jurídico preponderante de derecho público.³⁰ Al igual que en el de concesión de obra pública, el objeto también será la prestación de un servicio (la ejecución de la obra), pero la remuneración se efectúa en dinero, bajo distintas modalidades³¹ que establece el RCOP.

Cabe mencionar, por último que, aunque sea el órgano principalmente dedicado a ello en virtud de la ley, no solo el Ministerio de Obras Públicas puede celebrar esta clase de contratos, pues existen normas que permiten contratar la ejecución de obras públicas a otros organismos, como dispone el DS 331, de 1975, Reglamento para Contratos de Ejecución de Obras de Edificación y Urbanización para los distintos Serviu; la Ley 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido (respecto a las municipalidades); y una serie de resoluciones que regulan bases tipo para la ejecución de obras en servicios públicos como los Servicios de Salud, el Instituto Nacional del Deporte, la Fuerza Área de Chile y la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

En último lugar, y como ya se mencionó, aunque los contratos administrativos se rigen primordialmente por estas normas de derecho público, el derecho privado de igual modo resulta aplicable de forma supletoria —lo cual está dispuesto expresamente en el artículo 1 de la LBCA— y también es posible endosar a estos contratos «ciertas técnicas alternativas e instrumentales de derecho privado tendientes a otorgar mayores garantías a favor del contratista y de las entidades que financian su realización».³²

En definitiva, podemos notar la dispersión normativa respecto del tema, aunque al final las disposiciones constitucionales, de la LOCBGAE y, supletoriamente, de la LBCA, sirven como base para la regulación del resto de los contratos mencionados.

3. POLÍTICAS HORIZONTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Según lo ya explorado, y como tradicionalmente se ha entendido, lo que perseguiría el Estado a la hora de contratar, ya sea la prestación de servicios, suministro de bienes o la construcción de infraestructura pública, sería la mayor eficiencia y eficacia en términos

³⁰ Moraña Klenner, *Contratación...*, 72.

³¹ En estos contratos, el pago de las obras ejecutadas se hace por medio de los estados de pago, es decir, se va pagando a medida que avancen los trabajos, y ello puede hacerse mediante una serie de precios unitarios —determinándose el valor recién al finalizar el contrato—, o bien a suma alzada. Moraña Klenner, *Contratación...*, 89.

³² Sandra Ponce de León, «El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena: Análisis constitucional de algunos de sus elementos», *Revista de Derecho Público* 79 (2013): 118.

presupuestarios. Así lo señala el artículo 6 de la LBCA: las bases de licitación deben buscar «la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros». Ello se explica no solo por el fin de obtener el mejor uso de los recursos fiscales —siempre escasos—, sino, también, por la creencia de que la contratación pública debe seguir las prácticas del sector privado³³ para lograr la mayor eficiencia posible. Por tanto, las bases de licitación contendrán criterios de evaluación de las ofertas que busquen el mejor valor por dinero, a fin de adjudicar el contrato a la oferta más conveniente.

Ahora bien, desde la década pasada se han comenzado a dictar distintas normas legales y reglamentarias que introducen otro tipo de criterios a la hora de contratar, los que, a primera vista, no se encuentran necesariamente relacionados con el mejor valor por el dinero. Aunque las detallaremos más adelante, en general estas persiguen objetivos como favorecer la contratación de pequeñas y medianas empresas; la protección de los derechos laborales y sindicales, así como de personas en situación de desprotección (discapacitados, jóvenes y personas de la tercera edad); propender a la protección del medioambiente, etcétera. No obstante que la eficiencia y eficacia en el gasto público siguen siendo el principal objetivo de la contratación pública, la incorporación de estos criterios —se dice— permitiría al Estado impulsar y apoyar distintas políticas públicas, gracias al gran poder de compra con que cuenta. Cabe resaltar que esta tendencia no se ha presentado solo en nuestro país, sino en todo el mundo y en las políticas de organismos internacionales, como Naciones Unidas, la OCDE o la Unión Europea, como veremos más adelante.

Pues bien, la idea de utilizar la contratación pública como una herramienta para el logro de distintas políticas públicas ha llevado a que estas sean denominadas por la doctrina como políticas «secundarias», «socioculturales» u «horizontales» —este último será el término que utilizaremos en adelante—. Siguiendo la taxonomía propuesta por la profesora Susan Arrowsmith,³⁴ se pueden distinguir entre ellas las siguientes herramientas, que pueden ser utilizadas separada o conjuntamente:

La decisión de contratar. Por ejemplo, que el organismo decida no realizar una licitación para contratar un servicio que había requerido por años, en vistas del impacto ambiental que este causaba.

³³ Christopher McCrudden, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change* (Londres: Oxford University Press, 2007), 11.

³⁴ Susan Arrowsmith, «Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy», *Journal of Public Procurement* 10, n.º 2 (2010).

La decisión de qué contratar. Por ejemplo, que el organismo decida comprar vehículos eléctricos en vez de a combustión interna, para reducir la contaminación.

Los distintos criterios de evaluación. Esto podría ser dando mayor puntaje a una oferta en la que la empresa certifique que cumple con ciertas cuotas de género entre sus trabajadores, o que el producto que se solicita comprar cuente con cierto certificado de eficiencia energética.

Causales para la exclusión de contratar con el Estado. Estas medidas suelen estar consagradas en la ley, pues implican que ciertas personas no pueden acceder a los contratos públicos. Por lo general se trata de exigir el cumplimiento de normas preexistentes, con el fin de incentivar su observancia y castigar a quienes las vulneren, y, además, pueden funcionar como una manera de igualar las condiciones entre los interesados en los procesos, de modo que nadie pueda tener una ventaja previa como consecuencia de no cumplir con esas normas preexistentes. En general, están vinculadas con un bien jurídico como son la prevención de la corrupción, la libre competencia o la protección de derechos. En nuestra legislación existe un ejemplo claro de ello, pues se excluye de adjudicarse contratos de la LBCA, por dos años, a personas que hayan sido condenadas por prácticas antisindicales o por vulneración a los derechos de los trabajadores. Es decir, se busca estimular a que los proveedores del Estado cumplan con la normativa laboral y, a la vez, que el Estado no premie a quienes la vulneren, existiendo una sentencia judicial que así lo acredite. Más adelante estudiaremos en detalle esta norma, pues no ha estado exenta de polémicas.

Las condiciones contractuales. Estas pueden ser de varios tipos:

- *Condiciones de consumo:* Es decir, el efecto que tiene el producto o servicio cuando se consume o ejecuta. Por ejemplo, el Gobierno puede solicitar que en un servicio de alimentación se deba cumplir con ofrecer ciertos regímenes dietarios especiales, para que así personas de cualquier religión puedan acceder a la comida.
- *Medidas de producción, entrega y disposición:* Se trata de disminuir ciertos impactos en la fabricación o entrega del producto o servicio mismo, que suele referirse a temas ambientales. Por ejemplo, que la madera con que se construirá una obra cuente con sello de manejo forestal responsable, o que ciertos insumos sean adquiridos a productores locales. Por último, se puede exigir que se cumpla con estándares de disposición de residuos o de reciclaje de materiales, una vez que el producto termine su vida útil o el servicio sea ejecutado en su totalidad.

- Medidas laborales: Estas pueden referirse al mero cumplimiento de la normativa laboral que obliga a todas las empresas —seguridad en el trabajo, medidas de higiene, etcétera— mediante castigos contractuales cuando esas medidas no se acatan, o bien, pueden ir más allá, como, por ejemplo, requiriendo contratar en base a ciertas cuotas de trabajadores, como podría ser por género, discapacidad o edad, etcétera.

Lotes y plazos para las órdenes. Los Gobiernos pueden implementar políticas horizontales —en especial para promover la participación de pymes— mediante el número y tamaño de las órdenes, o modificando el plazo para el envío de estas. Con ello se reconoce que cumplir con órdenes de un gran volumen generalmente resulta difícil, si no imposible, para las pequeñas empresas, lo que, a su vez, favorecería un mercado público más concentrado. Entonces, se buscan maneras para que los organismos realicen compras más reducidas de bienes, que sí sean posibles de entregar por pequeños proveedores. Esta es una ventaja, en nuestro caso, de modalidades contempladas en la LBCA como Convenio Marco³⁵ o Compra Ágil,³⁶ ya que permiten a los organismos adquirir pocos productos a la vez. Sin embargo, debe tenerse cuidado con esta clase de herramientas, ya que pueden prestarse para prácticas de corrupción³⁷ o tener efectos anticompetitivos, por lo que deben incorporarse normas que mitiguen esos riesgos, como es la prohibición de fragmentar licitaciones contenida en el artículo 13 del reglamento de la LBCA.

Preferencias para ciertas empresas o personas. Se trata de medidas que limitan la participación en algunos contratos solo para ciertos grupos de personas. Esto se ha utilizado en otras legislaciones, por ejemplo, para que algunos contratos sean adjudicados a talleres

³⁵ Los convenios marco se originan en licitaciones públicas que solo puede presentar la DCCP, de adjudicación múltiple, los que, una vez realizados, configuran un procedimiento de contratación obligatorio para los organismos sujetos a la Ley de Compras, según su artículo 30. Forman un catálogo que los organismos deberán consultar antes de realizar una licitación propia; los bienes y servicios que lo forman son aquellos de necesidad recurrente para la Administración, como artículos de escritorio, vehículos, productos médicos, etcétera. Para un análisis detallado, véase Jenny Nicolás, «Contratación administrativa a través de convenios marco: Naturaleza jurídica y aplicación práctica», *Revista de Derecho Administrativo Económico* 20 (2015).

³⁶ Se trata de una modalidad de compra que, según el artículo 10 bis del reglamento de la Ley 19.886, se puede utilizar para la adquisición de productos o servicios por un monto igual o menor a 30 UTM.

³⁷ Como pudo observarse en el conocido caso «Botas», en el que se comprobó que Carabineros de Chile realizó una serie de adquisiciones en Convenio Marco, cuyos montos sumados superaban el límite legal que la ley dispone para realizar obligatoriamente una licitación pública. «Botas sucias: Fiscalía indaga sobre maniobra de Carabineros para evitar licitación pública y hacer compra directa de calzado», *El Mostrador*, 5 de noviembre de 2017, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/11/05/botas-sucias-fiscalia-indaga-sobre-maniobra-de-carabineros-para-evitar-licitacion-publica-y-hacer-compra-directa-de-calzado/>.

que emplean exclusivamente a personas con discapacidad.³⁸ Estas medidas, sin embargo, son problemáticas desde el punto de vista de la competencia, por razones evidentes, y no se encuentran permitidas en nuestro ordenamiento.

Medidas para facilitar el acceso a la compra pública, a nivel administrativo. Por último, estas medidas no se aplican directamente en las bases de licitación ni el contrato, sino que se refieren a actuaciones que realiza la autoridad para, por ejemplo, capacitar a pequeñas empresas en las leyes de contratación, hacer que las bases y contratos estén escritas en lenguaje simple para hacerlas más accesibles, etcétera.

Podemos ver, entonces, que estos mecanismos pueden utilizarse para lograr las metas que el Estado busca en distintos ámbitos, por ejemplo, mediante criterios de evaluación que premien que los productos que se compran cuenten con sellos de eficiencia energética, la decisión de realizar licitaciones en lotes regionales para favorecer la descentralización productiva, permitir la compra en lotes de menor tamaño para así promover que pequeñas empresas sean proveedoras del Estado, etcétera.

Ahora bien, ¿cómo podemos identificar estas normas? Según podemos observar, estas políticas, por lo general, no significan que solo aquellos oferentes que cumplan, por ejemplo, con contar con cierto porcentaje de trabajadores con discapacidad, serán adjudicados en un contrato, pero ello sí les podría otorgar cierta ventaja frente a otros competidores. Así, por ejemplo, la DCCP señala expresamente en su Directiva 25 que las compras que consideren criterios medioambientales «generará(n) incentivos a las empresas para desarrollar sus propias políticas ecológicas y contribuirá a crear un mercado receptivo a nuevas tecnologías y soluciones innovadoras», debido a lo importante que puede ser para esas empresas ser proveedoras del Estado. Es decir, con estas recomendaciones, *la Administración quiere dar señales, incentivos* para que los privados se comporten de cierta manera, dándoles como premio la posibilidad de adjudicarse cuantiosos contratos.

Nos situaremos ahora en la teoría de la regulación. Se ha dicho que la regulación es «el vehículo principal por el cual el Gobierno implementa leyes y políticas públicas, que establecen ciertos estándares o instrucciones a propósito de lo que los individuos, empresas y otras organizaciones pueden o no pueden hacer».³⁹

Aunque usualmente nos referimos a la regulación como una forma de corregir fallas en el mercado (monopolios, externalidades, prácticas anticompetitivas, etcétera), lo cierto es que ello no alcanza para describir todas las regulaciones que existen en el ordenamiento jurídico, incluyendo —creemos— estas políticas horizontales. Por eso, se propone incor-

³⁸ Arrowsmith, «Horizontal...», 175.

³⁹ Jerry Brito y Susan E. Dudley, *Regulation: A Primer* (Washington D. C.: George Mason University, 2012), 1.

porar una racionalidad adicional para regular: la protección de los derechos humanos y la profundización de la solidaridad en las sociedades,⁴⁰ objetivos que no pueden ser reducidos a simples correcciones de mercado —como podría pensarse, por ejemplo, de normas medioambientales—, sino que como herramientas para dar cumplimiento de metas de desarrollo, justicia distributiva, protección de derechos de minorías, combatir el cambio climático, etcétera.

Luego, se debe determinar cómo es que estos motivos para regular se traducen en distintas estrategias o tipos de regulación. Así, por ejemplo, frente al objetivo de promover la participación en el mercado laboral de personas en situación de discapacidad, el Estado puede utilizar diversos instrumentos: obligar a que los edificios de oficinas cuenten con rampas de acceso para sillas de ruedas;⁴¹ entregar incentivos tributarios a las empresas que cumplan con cierta cuota de contratación;⁴² estimular a las empresas para que cuenten con programas de *compliance* respecto al cumplimiento de normativas de antidiscriminación;⁴³ o bien, como estudiamos en esta ocasión, introducir criterios de evaluación en las bases de licitación de contratos administrativos con el fin de que se entregue más puntaje a empresas que tengan cierto número de empleados en esa condición. Es decir, la regulación no se traduce solamente en leyes, sino en un gran abanico de actividades realizadas tanto por actores gubernamentales como no gubernamentales, por separado o en combinación.⁴⁴ Sin duda, todas ellas pueden convivir al mismo tiempo, produciendo sinergias a fin de que el objetivo buscado se cumpla de la mejor manera posible.

Pues bien, la doctrina especializada ha identificado a las políticas horizontales dentro de la regulación por mecanismos de mercado, y específicamente, mediante «regulaciones por contrato»,⁴⁵ manifestando que «el Estado puede utilizar su gran poder de mercado para especificar condiciones en los contratos que suscribe con privados, que pueden utilizarse para cumplir con metas deseables socialmente».⁴⁶ Entonces, las políticas horizontales son un tipo de regulación que utiliza incentivos de mercado para orientar a los privados

⁴⁰ Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 22.

⁴¹ Esta sería una regulación del tipo «comando y control».

⁴² Esta es una regulación mediante incentivos.

⁴³ Que podría considerarse autorregulación o correulación.

⁴⁴ Paul Verbruggen, «Regulatory Governance by Contract: The Rise of Regulatory Standards in Commercial Contracts», *Recht der Werkelijkheid* 35 (2014): 79.

⁴⁵ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 116.

⁴⁶ Naciones Unidas, UNIDO, *Sustainable Energy Regulation and Policymaking for Africa*, 2015: 9.

hacia ciertos objetivos de política pública. Esta clase de regulación estatal es interesante, ya que no es de aplicación general, pues en principio resultaría vinculante solamente para las partes contratantes⁴⁷ —en cuanto, evidentemente, se trata de un contrato administrativo como cualquier otro— y sobre todo para el contratista, en especial cuando se establecen cláusulas que van más allá del cumplimiento de normas preexistentes. Sin embargo, resulta claro que con estas políticas el Estado quiere dar señales que van más allá del contratista en particular.

Se ha señalado que estas herramientas son especialmente relevantes en el contexto de la globalización, por la internacionalización de las cadenas logísticas y de producción —cuestión que se ha tornado en extremo relevante en el contexto de la pandemia— así como por la complejidad que enfrentan los Estados para hacer cumplir sus propias legislaciones respecto a las actuaciones de empresas transnacionales.⁴⁸ La regulación por contrato tendría, entonces, la ventaja de poder responder e influenciar directamente en dinámicas privadas, en vez de tratar de intervenir mediante mandatos generales, como serían las leyes, y, por ende, también es capaz de contar con una esfera de influencia que traspasa las fronteras entre países.

Sin duda, esta regulación también tiene sus limitaciones y riesgos. De partida, al ser obligatoria solo para los contratantes, no puede imponerse a terceros —como podría ser un proveedor más arriba de la cadena de producción, por ejemplo— y, como ella se expresa en contratos administrativos, estos pueden ser modificados por la Administración debido a sus potestades exorbitantes, lo que podría debilitar este tipo de cláusulas. Habitualmente, además, se trata de obligaciones de corta duración, pues comienzan con la suscripción del contrato y terminan cuando este se cumple (lo que puede ser visto como una ventaja y una desventaja a la vez).⁴⁹

En cuanto a los posibles riesgos, se ha apuntado a varios, entre los cuales se encuentra crear ineficiencias —al no permitir una competencia totalmente libre entre los posibles interesados, que conllevaría mayores precios y riesgos de captura—,⁵⁰ además de

⁴⁷ Verbruggen, «Regulatory...».

⁴⁸ Anna Beckers, «Using Contracts to Further Sustainability? A Contract Law Perspective on Sustainable Public Procurement», en *Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspective on the State as a Stakeholder*, ed. por Beate Sjøfjell y Anna Wiesbrock (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 206.

⁴⁹ Beckers, «Using...», 213.

⁵⁰ Francis Ssenoga, «Discriminatory Public Procurement Policies» (tesis doctoral Universidad de Twente, 2010), 5.

potencialmente no adjudicar a la oferta económicamente más conveniente, lo que sería contrario al objetivo principal de la contratación pública.⁵¹

A pesar de todo ello, queda claro que, tanto a nivel mundial como en nuestro país, los Estados están tratando a los contratos administrativos ya no solo como mecanismos para el consumo habitual de cada organismo gubernamental, sino que como instrumentos de política pública enfocados en el interés general. Por lo tanto, podría considerarse como una evolución en lo que consideramos como los objetivos de la compra pública, ya centrada no solo en la eficiencia entendida como el mejor valor por el dinero —aunque siga siendo el principal objeto—, sino también en una serie de consideraciones que buscan que esos recursos se utilicen de un modo que beneficie a la sociedad en otros ámbitos.

Como demostración de lo recién señalado, podemos dar algunos ejemplos de cómo estas políticas se han ido incorporando en el derecho comparado:

Organismos internacionales. Organismos como Naciones Unidas y la OCDE han incorporado las políticas internacionales en sus distintas normas. Así, por ejemplo, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas⁵² cuentan con referencia expresa a ellas en el Objetivo 12 (producción y consumo sostenible), al tener como meta el «promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales». Asimismo, encontramos referencias a políticas horizontales en los objetivos sobre igualdad de género, trabajo decente y crecimiento económico, e industria, innovación e infraestructura, entre otros. En cuanto a la OCDE, su Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública aconseja a los adherentes que «reconozcan que todo uso del sistema de contratación pública que pretenda conseguir objetivos secundarios de política deberá sopesar estas finalidades frente al logro del objetivo principal de la contratación» (el valor por dinero), lo que conlleva, entre otras materias, elaborar una estrategia adecuada para integrarlos, considerando riesgos; lo adecuado que resulta la contratación pública para lograr esos objetivos, considerando la realidad del país; y emplear una metodología adecuada de evaluación de impacto para cuantificar los efectos.

Unión Europea. Las últimas directrices comunitarias relacionadas a la contratación pública son la Directiva 2014/23/UE, sobre adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE, general de contratación pública; y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios

⁵¹ José Luis Jara, «Cuando la disidencia se transforma en mayoría: Inaplicabilidad de la inhabilidad por causa laboral para contratar con el Estado», *El Mercurio Legal*, 6 de diciembre de 2018, <https://cutt.ly/rkszrnC>.

⁵² Aprobadas en resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 25 de septiembre de 2015.

postales. Todas ellas contienen aspectos de políticas horizontales, pues se pretendía propender a «una utilización estratégica de los contratos públicos mediante la incorporación de cláusulas que tengan en cuenta criterios sociales y medioambientales a valorar en las licitaciones públicas»,⁵³ además de garantizar una mayor eficacia en el uso de los recursos públicos de los países integrantes de la Unión. En 2021 se actualizó dicha guía,⁵⁴ reconociendo que la compra pública con criterios sociales puede ayudar a la recuperación económica tras la pandemia por covid-19, señalando que «para maximizar la repercusión de estos recursos en la recuperación (de la crisis económica causada por la pandemia), es fundamental alejarse de una lógica basada en la búsqueda del precio más bajo e introducir consideraciones relacionadas con la integración social, la igualdad, el empleo justo e inclusivo y los suministros éticos».

Estados Unidos. Este país tiene una larga tradición en la implementación de políticas horizontales. Así, por ejemplo, incluso antes de que se promulgase la Civil Rights Act de 1964, el Gobierno federal impulsó normas para prohibir la discriminación racial en la contratación pública, no solo mediante decretos presidenciales, sino que incluso exigiendo que cierto porcentaje de esos contratos fueran adjudicados a empresas de propiedad de minorías raciales.⁵⁵ Esta clase de medidas de discriminación positiva por raza fueron luego replicadas en otros países, como el Reino Unido o Canadá.⁵⁶ Por otra parte, ya desde 1976 el Gobierno federal mandató una preferencia por compras de productos fabricados con materiales reciclados, y desde la década de 1990, creó un programa para monitorear las contrataciones de los distintos estados en base a criterios de sostenibilidad.⁵⁷ Esta tendencia continúa en nuestros días: así, el actual presidente Joe Biden lanzó el programa Made in America,⁵⁸ que busca incentivar la compra pública a productores nacionales como fórmula de estímulo económico para la recuperación económica, y como manera de fortalecer la cadena logística interna para disminuir la dependencia en el comercio con otros países.

⁵³ Vega María Arnáez, «El fomento del cooperativismo a través de la contratación pública sostenible», *Revista de Estudios Cooperativos* 133 (2020): 2.

⁵⁴ Unión Europea, *Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de Naciones Unidas, 2021).

⁵⁵ Christopher McCrudden, «Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes», *Natural Resources Forum* 28 (2004): 260.

⁵⁶ McCrudden, «Using...».

⁵⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, «Smart Procurement. Going Green: Best Practices for Green Procurement», 2014, <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/us-best-practices-green-public-procurement-gpp-monitoring.pdf>.

⁵⁸ Sitio web de Made in America, <https://www.madeinamerica.gov/>.

Podemos observar, de este modo, que las políticas horizontales se encuentran presentes en el ordenamiento de diversos organismos internacionales, multinacionales y nacionales, incluyendo algunos en los que participa nuestro país, como son Naciones Unidas y la OCDE.

3.1. Políticas horizontales en el ordenamiento chileno

En cuanto a Chile, existen varias normativas en las que podemos encontrar políticas horizontales.

3.1.1. La Ley 19.886 y su reglamento

La LBCA regula los contratos que celebra la Administración a título oneroso, para el suministro de bienes muebles y de prestación de servicios, incluyendo el arriendo con opción de compra.

Debe señalarse que el texto original de la LBCA, de 2003, no contaba con ninguna norma especial que pudiéramos considerar como propia de políticas horizontales. Esto fue cambiando con varias reformas legales, que —como veremos— tuvieron por motivación, precisamente, políticas que van más allá de la mera búsqueda del mejor precio.

Así, en 2008 se reformó la ley para modificar el artículo 4, que contiene los requisitos mínimos para participar de las licitaciones, con el fin de excluir a quienes hubieran sido sancionados por infracciones a la legislación laboral; el artículo 6, para indicar que las licitaciones para servicios habituales deben incluir requisitos tendientes a asegurar las condiciones laborales de los trabajadores; y el artículo 11, a fin de señalar que la garantía de cumplimiento también cubriría el pago de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores del proveedor. Luego, en 2014, se agregó otra causal de inhabilidad, cual es quienes hayan sido condenados por delitos concursales establecidos en el Código Penal. Más tarde, en 2016 y 2018 se agregaron normas respecto al cumplimiento de la normativa laboral, como el cumplimiento de convenios colectivos y protección de trabajadores de sectores específicos.

En cuanto al reglamento de esta ley, contenido en el Decreto 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, sí tuvo desde un inicio normas que podemos entender como políticas horizontales, como el artículo 23 número 3, que señala que las bases podrán contener «puntajes o ponderaciones que se asignen a los oferentes, derivados del cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, 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»; mientras, el artículo 38 señala que pueden utilizarse criterios de evaluación con «consideraciones medioambientales y de eficiencia energética», entre otras. Tras su promulgación, este reglamento fue modificado con la incorporación de normas como el artículo 10 letra n), que señala que pueden realizarse tratos directos de menos de 10 UTM en materias de alto impacto social.

3.1.2. *Ley de Concesiones de Obras Públicas*

En esta ley también encontramos ciertas normas que pueden ser consideradas como impulsoras de políticas horizontales. Así, el artículo 6 bis señala que en la etapa de precalificación —optativa para el Ministerio de Obras Públicas, en la cual se seleccionan interesados para participar en la licitación definitiva— se pueden considerar como requisitos para la precalificación, entre otros, «el cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social»; es decir, sigue la línea de lo establecido al respecto en la LBCA. Luego, el artículo 7, que se refiere a las bases de licitación, dispone que, dentro de los criterios de evaluación de las propuestas, pueden incluirse «consideraciones de carácter ambientales y ecológicas».

3.1.3. *Reglamento para contratos de obra pública*

Este reglamento contiene las siguientes medidas que podrían utilizarse para implementar políticas horizontales: para ingresar y mantenerse en el Registro de Contratistas —en el cual deben inscribirse las personas que desean participar en las distintas licitaciones de obras— se debe presentar un certificado emitido por la Dirección del Trabajo que señale que estas no registran deudas laborales o previsionales morosas; similar a lo exigido en el reglamento de la LBCA. Luego se señala que, entre las bases de licitación técnicas, debe considerarse el cumplimiento de la normativa medioambiental (artículos 2, 180 y 181). Es decir, se trata de una medida de *compliance* con la regulación ya existente.

3.1.4. *Ley de Defensa de la Libre Competencia*

Mediante reforma contenida en la Ley 20.945, se introdujo al DL 211 de 1973, Ley de Defensa de la Libre Competencia, una especial medida que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede adoptar en las sentencias definitivas que dicte. Así, la letra d) del artículo 26 contempla:

En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3 (acuerdos o prácticas concertadas) podrá imponer [...] la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

3.1.5. *Ley de Presupuestos del Sector Público*

Es usual que la Ley de Presupuestos del Sector Público, que se dicta todos los años según lo regula el artículo 67 de la Constitución, dicte normas no directamente relacionadas con el presupuesto del Estado. Es el caso, por ejemplo, del artículo 6 de la Ley de Presupuestos del Sector Público 21.395, correspondiente al año 2022, que dispone en sus incisos tercero y cuarto:

Las empresas contratistas y subcontratistas que ejecuten obras o presten servicios financiados con recursos fiscales, que incurran en incumplimiento de las leyes laborales y previsionales, determinado por la autoridad competente, durante el desarrollo de tales contratos, serán calificadas con nota deficiente en el área de administración del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan. Esta calificación pasará a formar parte de los registros respectivos y se considerará en futuras licitaciones y adjudicaciones de contratos.

Las instituciones privadas, cualquiera sea su naturaleza, al momento de contratar con el Estado deberán acompañar un certificado de cumplimiento de obligaciones laborales y de remuneración. En el evento de que la institución privada se encuentre incorporada en algún registro por incumplimientos laborales o de remuneraciones, o no acompañe los referidos certificados en el momento correspondiente, no podrá contratar con el Estado mientras no subsane el incumplimiento que la afecte.

Igual normativa se replicó tanto en el artículo 6 de la Ley de Presupuestos 20.982, correspondiente al año 2017; en la Ley de Presupuestos 21.053, de 2018; en la Ley de Presupuestos 21.125, de 2019; Ley de Presupuestos 21.192, de 2020; y Ley de Presupuestos 21.289, de 2021, en una clara consolidación.

4. ¿SON LEGÍTIMAS LAS POLÍTICAS HORIZONTALES?

En los capítulos anteriores exploramos cómo estas políticas se pueden entender como un tipo especial de regulación. Creemos, asimismo, que pueden ser consideradas como reglas del orden público económico.

El orden público económico ha sido definido como «el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas».⁵⁹ Dentro de las medidas que pueden adoptarse para ello, se pueden incluir prohibiciones, la sanciones,

⁵⁹ Arturo Yrarrázabal, «Principios económicos de la Constitución de 1980», *Revista Chilena de Derecho* 14, n.º 1 (1987): 99-100.

limitaciones a la libre contratación y a la autonomía de la voluntad,⁶⁰ comprendiendo, por cierto, establecer condiciones o requisitos de hecho para la celebración de contratos o el acceso a ciertas actividades económicas. Por lo tanto, las regulaciones por contrato —dentro de las cuales hemos enmarcado a las políticas horizontales— estarían entre estas medidas.

Como sabemos, el artículo 1 de la actual Constitución señala que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Si el bien común demanda que el Estado busque corregir y dirigir el comportamiento de los privados con los que contrata distintos servicios, a fin de cumplir ciertas metas como la protección de los derechos laborales, el medioambiente o la sustentabilidad en general, ello se podrá enmarcar dentro de esa regulación de orden público económico, pues resulta legítimo limitar o dirigir ciertas actividades para obtener esas metas, igualmente válidas que la obtención del menor precio posible, siempre y cuando se respeten los derechos y garantías que la Constitución establece.

En el caso de las políticas ya estudiadas, entonces, nos encontramos frente a regulaciones que el Estado exige cumplir a los privados, ya sea para acceder a las licitaciones públicas, celebrar contratos administrativos o como un modo de dirigir estos últimos. Esas regulaciones no limitan *per se* la garantía de libertad en materia actividad económica —si un particular no cumple con, por ejemplo, cierto estándar ambiental que se agrega como un criterio de evaluación en una licitación, no se está limitando su actividad económica, sino que simplemente le puede ser más difícil adjudicarse ese contrato en específico—, sino, más bien, tratan de incentivar parámetros de actuación.

Sin embargo, las políticas horizontales no han estado exentas de polémica en nuestro país, especialmente en el caso de exclusiones de contratación pública, ya que han existido cuestionamientos hacia su legitimidad o su proporcionalidad, como veremos a continuación.

4.1. La discusión respecto al artículo 4 inciso primero de la Ley 19.886

Las distintas reformas a la LBCA generalmente fueron aprobadas de manera unánime o con amplia mayoría por parte de los parlamentarios; dicho de otro modo, no se levantó durante su discusión cuestionamientos a su carácter, o a posibles riesgos que pudieran producir en los contratos administrativos.

En específico, el inciso primero de dicho artículo dispone lo siguiente:

⁶⁰ Ramón Huidobro, «Orden público económico y regulación», *Revista de Derecho Público* 73 (2010): 245.

Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores 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, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal.

Tal como revisamos en un comienzo, esta disposición es un ejemplo claro de una exclusión para contratar y una política horizontal cuyo fundamento es incentivar el cumplimiento de la normativa laboral —que, a su vez, busca proteger los derechos de los trabajadores—. En consecuencia, la crítica surgida a esta disposición resulta interesante al analizar la legitimidad general de las políticas horizontales. A continuación, revisaremos algunos de los distintos fallos que, al respecto, ha emitido el Tribunal Constitucional, así como críticas por parte de varios autores.

4.1.1. La evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La discusión de las políticas horizontales en la contratación administrativa puede verse de manera muy clara en sentencias del Tribunal Constitucional, que recientemente volvió a su jurisprudencia original en el tema, como veremos, para sorpresa de muchos de los actores involucrados en el mercado público.

Así, existen dos líneas claras respecto a los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto al artículo 4 inciso primero de la misma ley —la prohibición de contratar con el Estado por dos años a quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales o por vulneración a los derechos del trabajador—, pues algunos han sido acogidos y otros rechazados.

El primero de estos casos fue presentado en 2011 por Sociedad Starco S. A., en gestión pendiente de recurso de protección en contra de la DCCP y la Dirección del Trabajo. El requerimiento se basó, en resumen, en que, al habersele excluido del Registro de Proveedores del Estado por haber sido condenado por prácticas contra sus trabajadores, se le habrían vulnerado sus derechos a no ser discriminado por el Estado en materia económica y el principio *non bis in idem*.

Pues bien, en ese caso el Tribunal rechazó el requerimiento, estimando que la diferencia de trato establecida por la norma entre los proveedores del Estado no era arbitraria, puesto que: i) requiere de una sentencia judicial ejecutoriada; ii) la Ley 20.238, que la introdujo, no solo modificó la LBCA, sino que otras, para proteger de mejor forma los derechos de

los trabajadores, por tanto, no se trató de una medida única, sino que enmarcada dentro de un contexto más amplio; iii) su finalidad es de reforzar la protección de los derechos laborales, como consecuencia de la desigualdad que ocurre en esos contratos, lo que se entiende como justificado; iv) la medida es congruente con los objetivos perseguidos, y no impide que la empresa continúe ejerciendo su actividad económica en otros ámbitos; v) no se vulnera el principio *non bis in idem*, pues la infracción de inhabilidad para contratar con el Estado tiene un fundamento distinto que la sanción establecida para la infracción de la norma laboral (indemnización), ya que se basa en la falta de idoneidad como proveedor —es decir, se protegen bienes jurídicos distintos—. Entonces, el Tribunal estimó legítima esta medida, afirmando que mediante la contratación administrativa podían perseguirse otro tipo de políticas, como es la protección de los trabajadores.

Luego de esa sentencia, y hasta 2018, se fueron presentando otros requerimientos, todos los cuales fueron rechazados⁶¹ o declarados inadmisibles.⁶² Es de interés apuntar que en todos esos fallos existieron disidencias que consideraban que la norma sí era desproporcionada y, por ende, inconstitucional.

Pues bien, en noviembre de 2018 esa tendencia cambió con la dictación de las sentencias rol 3570-17 y rol 3702-17. La primera recayó en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Pontificia Universidad Católica de Chile en contra del precepto ya indicado, en gestión pendiente de nulidad laboral ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por una sentencia condenatoria por tutela de derechos fundamentales.

Este caso resulta muy interesante por dos razones.⁶³ La primera es que —tal como se detalla en el requerimiento— dicha universidad es un proveedor importante para el Estado; así, por ejemplo, su Hospital Clínico era en 2018 el segundo prestador privado con mayor cobertura a nivel nacional; en convenios de modalidad de atención institucional entrega una serie de prestaciones GES que cuenta con pocos hospitales públicos para realizarlos, e incluso es proveedor único de algunos servicios, como los trasplantes cardíacos infantiles. Por ende, la prohibición de contratar por dos años no solo resultaba perjudicial para la universidad, sino que también para la Administración y para la comunidad en general,⁶⁴ pues se afectaba el principio de servicialidad del Estado. La segunda es que la gestión pendiente había sido presentada por un solo trabajador —a título personal—, por lo que

⁶¹ Fue el caso de los requerimientos rol 2133-11 y rol 2722-14.

⁶² El caso del requerimiento rol 3061-6.

⁶³ Debemos recordar que, según el artículo 93 número 6 de la Constitución, mediante la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se realiza un control en concreto de la aplicación de la norma, por lo que los antecedentes fácticos del caso son clave para la resolución de esta.

⁶⁴ Requerimiento de inaplicabilidad rol 3570-17, 11 de junio de 2017, pp. 20 y ss.

la universidad argumentó que existía una gran desproporción entre esa supuesta falta a la normativa laboral y la medida establecida en el artículo 4 de la LBCA.

Sucedió que, en este caso, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento, declarando inaplicable el precepto para el caso concreto. Primero, se cuestiona que la norma fuera necesaria de introducir en la ley, ya que, en su concepto, no habrían existido pruebas de falta de idoneidad de proveedores a causa de no cumplir con las normas laborales, ni tampoco que sirviera para cautelar los objetivos de la LBCA. Luego, consideró que existirían otras medidas administrativas para asegurar que los proveedores estén al día con sus obligaciones laborales, como la solicitud de certificados, y que otras leyes sobre contratos administrativos no contemplan una medida de esta naturaleza —como la LCOP—, o bien, requieren de más de una sentencia condenatoria —como en el caso de las concesiones de uso de vías, en la LBCA—. Además, disputa que la norma solo se refiera a «prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador», sin poderse valorar la gravedad o reiteración de la conducta. A continuación, considera que el hecho de que la norma no distinga el comportamiento individual o el cumplimiento de la sentencia por parte del condenado, o la gravedad de la conducta, implicaría una falta al principio de no discriminación arbitraria. Esa vulneración también se configuraría en cuanto la Administración descarta a quien se adjudicó el contrato, aunque por el principio de igualdad entre los oferentes, no podría hacerlo por criterios externos a aquellos contenidos en las bases de licitación. Por último, se refiere a que este castigo no puede ser discutido en los juzgados laborales, configurándose como una sanción de plano, lo que también sería inconstitucional. A pesar de ello, no se refirió —como sí lo hacían las sentencias anteriores— a la fundamentación de la norma, cual es precisamente incentivar el cumplimiento de políticas públicas, en este caso, la normativa de protección de los derechos laborales.

En el caso del rol 3702-17, el requerimiento fue presentado por la Universidad de Chile, en circunstancias similares al anterior, pues dicha casa de estudios también es un importante proveedor del Estado. Esta acción fue acogida por las razones ya esbozadas en el caso anterior.

De allí en adelante, todos los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados por distintas empresas eran acogidos,⁶⁵ en base, a grandes rasgos, a los mismos argumentos. Con todo —y en contraste con los casos de las universidades recién apuntadas—, en la mayoría de esos casos no se veía un peligro para el cumplimiento del principio de servicialidad del Estado del modo que demostraron aquellas; además, en muchos de ellos, las denuncias que llevaron a las sentencias condenatorias por prácticas antisindicales o por tutela de derechos laborales recaían en atropellos más graves a la

⁶⁵ Por ejemplo, rol 5267-18, rol 4836-18, rol 4078-17 y rol 8624-20, entre otros.

legislación laboral que en los casos que fundaron las acciones de la Pontificia Universidad de Chile y de la Universidad de Chile. En nuestra consideración, el Tribunal Constitucional comenzó a realizar un cuestionamiento de carácter abstracto de la norma, sin ahondar mayormente en los hechos concretos de la gestión pendiente, sino más bien cuestionando la constitucionalidad del inciso primero del artículo 4 de la LBCA, cuestión que no corresponde al objeto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En definitiva, el Tribunal no condenaba *per se* el establecimiento de políticas horizontales en la contratación pública, aunque sí menciona ciertas ideas que podrían llevar a impugnar su legitimidad, en especial cuando se establecen medidas como la inhabilidad para contratar con el Estado, considerándolas como desproporcionadas para el objeto que se busca. Pero, además, se vislumbra un cuestionamiento a la idea de incorporar criterios que no busquen adjudicar el menor precio, volviéndose así a la idea de que ese es el único objetivo que debe tener la contratación pública.

Cabe señalar, en cualquier caso, que todas esas sentencias contaban con votos disidentes que estaban por rechazar los requerimientos, basados en argumentos ya entregados en las sentencias anteriores a 2018.⁶⁶

Cabe señalar que esta jurisprudencia fue felicitada por parte de la doctrina nacional. Por ejemplo, señalando que

durante la última década hemos venido observando cómo se han ido incorporando factores exógenos a la contratación pública por la vía, especialmente legislativa, no solo como factor de evaluación, sino lo que es peor aún, como inhabilidad absoluta. Tal es el caso de las causales previstas en el artículo 4 inciso primero de la Ley 19.886 al contemplar barreras de tipo laboral, penal, entre otras [...] siempre es imperativo y deseable la promoción del cumplimiento de la normativa, pero no a cualquier precio o pudiendo avasallar los derechos de las personas. Ello, desde que la incorporación de verdaderas barreras a la entrada para contratar con el Estado

⁶⁶ En resumen, estos disidentes señalaban: «Resulta que la inhabilidad de que se trata no resulta desproporcionada ni injusta, toda vez que constituye una exigencia de cumplimiento de la ley. No se trata de requerimientos que excedan el marco legal y, de hecho, no se exige que los proveedores cumplan todas las reglas laborales; solo se trata de que no incurran en conductas especialmente graves [...] la aplicación de esta inhabilidad es fundamental para proteger al Estado de futuras responsabilidades y para incentivar una justa y sana competencia [...] la aplicación de la segunda frase del artículo 4 de la Ley 19.886 corresponde a una medida accesoria destinada a perseguir un fin legítimo establecido por el legislador, cual es evitar la afectación de garantías constitucionales de los trabajadores [...] el artículo 4 de la Ley de Compras Públicas es una regla de orden público económico, que refleja los valores de la libertad de contratar y, a su vez, limita el ejercicio de determinados derechos, como el que se desprende del artículo 19 número 21 de la Constitución».

no solo afectan principios estructurantes de la contratación pública, como lo es la «libre concurrencia» e «igualdad entre los oferentes», previstas en la Ley 18.575 y Ley 19.886, sino que «distorsionan» lo que debería ser lo esencial en la decisión de contratación por parte del Estado, esto es, la vieja y básica ecuación resultante del «precio» y «calidad» del bien o servicio que se contrata.⁶⁷

Otra autora, siguiendo esta línea, se refirió al cambio jurisprudencial mencionando que «no se trata de una sentencia que no sigue la misma lógica argumentativa de los anteriores pronunciamientos», pues «no hay un pronunciamiento en cuanto a su finalidad como mecanismo para el fortalecimiento de otras políticas públicas».⁶⁸ Luego, ante posteriores fallos que también fueron acogidos, la misma indicó que era una «buena noticia», ya que se trataba de casos en los que no se presentaban las circunstancias de hecho especiales que estaban presentes en las universidades referidas, aunque apuntó a que no estaría totalmente zanjado el tema.⁶⁹

En particular refiriéndonos a lo dispuesto por el artículo 4 de la LBCA, se advertía por esa doctrina que

si bien la inhabilidad contemplada en la ley busca reprimir conductas lesivas de derechos, no existe ningún estudio fehaciente que establezca la eficacia de la inhabilidad a tal efecto [...] la entidad sancionada o inhabilitada buscará otros nichos de mercado donde satisfacer su objeto social o en su defecto adecuará y/o reorganizará su estructura social por la imposibilidad de celebrar sendos contratos con el Estado. Ello, al largo plazo generará corporativamente un debilitamiento de los beneficios y estabilidad laboral de los propios trabajadores que se pretende tutelar» [...] no parece proporcional establecer una inhabilidad para contratar con el Estado de manera absoluta y por dos años el hecho de haber sido condenado por una práctica antisindical o vulneración de derechos, en el sentido de que la norma no establece ninguna forma de medir la magnitud de la conducta en aras a la gravedad de la sanción impuesta.⁷⁰

⁶⁷ Lara, «Cuando...».

⁶⁸ Carolina Helfmann, «Sentencias del TC sobre inhabilidades para contratar con el Estado: ¿Un nuevo criterio o casos acogidos por las particulares circunstancias de la U. Católica y la U. de Chile?», *El Mercurio Legal*, 1 de diciembre de 2018, <https://cutt.ly/Kksl8Me>.

⁶⁹ Carolina Helfmann, «¿Ahora sí? El TC vuelve a declarar inaplicable la norma sobre inhabilidades para contratar con el Estado: La sentencia de la Clínica Las Condes», *El Mercurio Legal*, 4 de marzo de 2019, <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907258&Path=/oD/D7/>.

⁷⁰ Christian Alegría, «Análisis crítico a la eficiencia y alcance de la sentencia laboral por tutela de derechos fundamentales en la Ley 19.886 sobre compras públicas» (memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile, 2018), 89-90.

No obstante, y para sorpresa de muchos, mediante —entre otras—⁷¹ la sentencia rol 12.882, del 2 de agosto de 2022, el Tribunal retornó a su jurisprudencia original,⁷² rechazando sendos requerimientos en contra del inciso primero del artículo 4 de la Ley 19.886, línea que ha mantenido en los subsiguientes casos en la materia que ha conocido desde ese mes hasta la fecha de redacción de este artículo.

Resulta extremadamente interesante que en esas sentencias, además de reiterar argumentos ya referidos en las sentencias anteriores a 2018, el Tribunal se refiere a las políticas horizontales, señalando que estas han venido a cambiar la idea de que los contratos públicos solo deben mirar la ecuación precio/calidad; más bien, la contratación pública «no puede concebirse exclusivamente como una herramienta de aprovisionamiento de los poderes públicos, sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la promoción de la innovación, el fomento de las pymes o la sostenibilidad social y ambiental». Por tanto, señala esta jurisprudencia que dicho artículo de la LBCA sería una forma legítima para que el Estado contrate solo con empresas que cumplan con las leyes laborales, «de manera de evitar asociar al Estado con comportamientos ilícitos que vulneren los derechos de los trabajadores». Posteriormente, el tribunal argumenta que esta norma no vulneraría la igualdad ante la ley, pues la diferencia que crea «es entre una misma categoría de personas: quienes desean contratar con la Administración, diferenciación que resulta necesaria e idónea para cumplir con las finalidades perseguidas por el legislador, esto es, la protección más eficaz de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus sindicatos». Por último, tampoco vulneraría el debido proceso, pues es una sanción que deriva de una sentencia judicial ejecutoriada.

En suma, podemos ver que, a diferencia de como se ha reportado esta jurisprudencia en los medios —que lo han catalogado como «una nueva doctrina»—,⁷³ el Tribunal, en

⁷¹ Por ejemplo, además, las sentencias rol 12.264, rol 12.635 y rol 12.750.

⁷² Al no ser la materia de este trabajo, y no contar con suficiente espacio para desarrollarlo, no se explicará la forma en que el Tribunal Constitucional justificó este cambio, pero resulta de la mayor importancia analizarla, en especial para quienes litigan ante dicho órgano. Para ello, véase José Francisco García, «El precedente horizontal en el Tribunal Constitucional (a propósito de Finning y la “nueva doctrina laboral”)», Facultad de Derecho UC, 17 de noviembre de 2022, <https://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/33197-profesor-jose-francisco-garcia-el-precedente-horizontal-en-el-tribunal-constitucional-a-proposito-de-finning-y-la-nueva-doctrina-laboral>.

⁷³ Leonardo Cárdenas, «La nueva “doctrina laboral” del Tribunal Constitucional que alerta a las empresas», *La Tercera*, 9 de noviembre de 2022, <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/la-nueva-doctrina-laboral-del-tribunal-constitucional-que-alerta-a-las-empresas/746IHTNPJ-FDQ5LAZAYSHVDNHBE/>.

realidad, volvió a su jurisprudencia original en este tema, siendo el «vuelco» más bien el vivido entre 2018 y 2022. El Tribunal, en resumidas cuentas, ha defendido la legitimidad de la incorporación de criterios a la legislación de los contratos públicos que vayan más allá del precio o la eficiencia, si es que estos resultan proporcionados a los legítimos bienes que buscan proteger o incentivar.

4.2. Nuestra opinión respecto a la legitimidad de las políticas horizontales

Quizás no resulte sorprendente, dado el contenido de este trabajo, que estamos en general de acuerdo con la incorporación de estas políticas a la normativa sobre contratación pública, incluyendo —aunque respetando ciertos parámetros— que se presenten como exclusiones para contratar con el Estado. Esto por las siguientes razones, varias de las cuales ya hemos esbozado:

1) Esta clase de políticas forman parte del abanico de posibilidades lícitas que el Estado tiene para regular la actividad privada, ya sea limitándola, o bien, influenciándola de cierta manera, para poder cumplir con objetivos que cree son tendientes al bien común; como vimos, ellas son parte del orden público económico. Es decir, se enmarcan en las facultades y objetivos establecidos en los actuales artículos 1 y 19 número 21 de la Constitución, y en lo dispuesto en la LOCBGAE y otras normas que regulan la actividad de la Administración. Incluso podría afirmarse que las exclusiones para contratar no son limitaciones a la actividad económica; más bien, corresponden a un estándar que el propio Estado se impone como forma de *compliance* con las normas que este mismo ha elaborado para proteger diversos bienes jurídicos relevantes.

2) Como señalamos más arriba, estimamos que mantener la postura de que la contratación pública solamente debe procurar el menor precio posible, manteniendo cierta calidad del producto o servicio, es una visión que ha quedado superada a nivel mundial y también en nuestro país. Ello, no solo por haberse incorporado a nuestra ley, sino por formar parte de convenios y tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como declaraciones de distintos organismos internacionales de los cuales nuestro país es miembro, como Naciones Unidas o la OCDE. Es decir, no es una mera «tendencia», sino que se trata de una nueva concepción de la contratación pública que debe ser incorporada a nuestra legislación en virtud del derecho internacional, y que de modo alguno distorsiona sus objetivos primordiales, sino que, más bien, los profundiza y moderniza.

Se debe tener presente el cambio de concepción en los roles del Estado que fuese aludido en la introducción de este trabajo. Se entiende que la manera de influir en los comportamientos de los ciudadanos y empresas puede y debe realizarse en este tipo de ámbitos; luego, deben tenerse a la vista los desafíos que los distintos Estados están llamados a enfrentar, que los obliga a buscar formas novedosas para intentar superarlos, y, al mismo tiempo, la importancia de realzar cómo la contratación pública puede tener un relevante

papel en aras del bien común. Ello no obsta a que deba tenerse precaución en la implementación de estas políticas, tal como fue referido por la OCDE en su Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública de 2015, intentando equilibrar la eficiencia y eficacia con estos objetivos de política pública. Aquello puede realizarse, por ejemplo, mediante una correcta ponderación de los distintos criterios de evaluación dentro de las bases de licitación, estableciendo un alto porcentaje para ese cálculo para el criterio económico —así procurando que la oferta que se adjudique tenga un precio competitivo—, mientras que los criterios relacionados con políticas horizontales tengan un menor porcentaje, aunque suficientemente alto para inclinar en algún modo la adjudicación.

3) Además, y como se comentó en el primer capítulo de este trabajo, el valor por el dinero no solo se relaciona con la búsqueda del menor precio, sino que incorpora consideraciones de calidad, *compliance*, sustentabilidad y costo de vida del producto. Tal como fue aludido, esta noción es la que han promocionado organismos internacionales como la OCDE, y forma parte de las políticas que la DCCP buscan incentivar en el resto de la Administración a la hora de contratar. Estimamos que muchas de las políticas horizontales —como las que apuntan a la sustentabilidad de los productos— pueden entenderse dentro de este concepto, por lo que malamente puede decirse que desfiguran el objetivo de la contratación pública. A su vez, las empresas que exhiban el cumplimiento de estas distintas normas y estándares le demuestran al Estado que este se encuentra frente a actores serios, lo que le da más confianza de que los contratos que celebren serán cumplidos.

4) Por otra parte, consideramos que los interesados en una licitación que presenten conductas poco éticas no son necesariamente los que crean situaciones negativas en los distintos contratos administrativos —como podría ser una falta de rendimiento, o incluso la terminación anticipada de estos por vulnerar las obligaciones del contrato—, sino que ellas se producen por incentivos que llevan al organismo a solo considerar el menor precio posible, lo que puede causar este tipo de acciones que se busca evitar.

5) Refiriéndonos específicamente a las exclusiones para contratar —el tipo de política horizontal que más se ha criticado en nuestro país—, primero, debe recordarse que existen otras normas legales que contienen ese tipo de exclusiones, como, por ejemplo, el artículo 26 del DL 211 de 1973. Es decir, las exclusiones son una herramienta utilizada por el legislador con varios objetivos, no solo la protección de los derechos de los trabajadores. Por tanto, no se trata de una discusión del todo zanjada, pues, al día de hoy, el Tribunal Constitucional no ha analizado dicha norma, ni tampoco ha declarado inconstitucional el artículo 4 de la LBCA.

6) Afirmamos, entonces, que las exclusiones para contratar no son ilegítimas en sí mismas, empero que han de seguir una serie de criterios para que, por una parte, logren sus objetivos, y por la otra, no creen efectos negativos, desproporcionados o injustos para los distintos interesados en participar en las licitaciones públicas.

En primer término, solo debieran establecerse previa sentencia judicial que establezca que se cometió aquello que se buscaba evitar; de este modo, se elimina o modera la discrecionalidad del órgano administrativo a la hora de excluir del llamado a licitación a los privados, pues deberá ceñirse a lo señalado por el tribunal y la respectiva norma.

Luego, el objetivo detrás de la exclusión debe ser uno de interés público establecido previamente por el legislador, como puede ser la protección de los derechos fundamentales del trabajador, la lucha contra la corrupción, etcétera; es decir, tampoco puede ser elegido al arbitrio del órgano que contrate. En definitiva, ha de tratarse de una norma de carácter general, predeterminada, obligatoria para los organismos, derivada de una sanción que sea establecida mediante sentencia judicial, y con un claro y legítimo objetivo de política pública.

Ahora bien, comprendemos que pueden presentarse casos como los demostrados en su momento por la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad de Chile, en que proveedores que prestan servicios relevantes —incluso siendo proveedores únicos en ciertas áreas— podrían quedar inhabilitados de contratar con el Estado por un largo tiempo, lo cual puede ser perjudicial para la comunidad y, en consecuencia, afecta el interés público. Esto en cuanto, efectivamente, prestan un servicio público y, por ende, esa inhabilidad afecta el cumplimiento del principio de continuidad del servicio. Por otra parte, pudiera darse un caso concreto en que una empresa se dedique casi totalmente a prestar servicios o vender productos al Estado, y por ende —en comparación a otras donde sus contratos con la Administración sean marginales en su facturación— que una sanción como la contenida en el artículo 4 de la LCBA resulte en los hechos desproporcionada, si es que la falta no fue de una magnitud significativa.

En consecuencia, dado que es el interés público lo que debe protegerse mediante estas contrataciones y, además, deben respetarse las garantías constitucionales, podría analizarse modificar el artículo 4 de la LCBA para moderar estos efectos negativos. Esto podría lograrse introduciendo una graduación en el tiempo de la inhabilitación para que lo determine el juzgado del trabajo respectivo —tal como sucede en el caso del Tribunal de la Libre Competencia—, estableciendo parámetros que permitan esa graduación, como podría ser la reincidencia, la acumulación de sentencias condenatorias, la gravedad de la conducta, etcétera. De este modo, podría, por una parte, continuarse con esta política que busca incentivar el cumplimiento de la normativa laboral, y, por la otra, moderarse los efectos negativos que pudiera tener.

Cabe señalar, en todo caso, que parte de lo recién propuesto está siendo discutido en el proyecto de ley Boletín 14137-05 —proyecto que, al momento de escribir este trabajo, se encontraba en segundo trámite constitucional en el Senado—, que busca modernizar la Ley 19.886. En esa reforma se eliminaría la mayoría del artículo 4 citado, y aunque se mantiene

la inhabilidad para formar parte del Registro de Proveedores, así como de los registros del Ministerio de Obras Públicas y del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en caso de que una empresa sea condenada por prácticas antisindicales o infracción a los derechos de los trabajadores, se establece criterios de proporcionalidad. Así, se determina que el juez laboral debe calificar la conducta como grave —utilizando una serie de criterios, como la reincidencia, afectación al interés público, etcétera, además de considerar si la inhabilidad puede tener consecuencias sociales y económicas graves— y pronunciarse expresamente respecto de la exclusión, que puede establecerse en hasta dos años. De prosperar esa reforma, el problema en cuestión se resolvería de una manera que creemos satisfactoria.

4.3. ¿Debieran profundizarse las políticas horizontales en nuestro ordenamiento?

Dado todo lo señalado hasta ahora, creemos importante que nuestro ordenamiento continúe con la incorporación y explicitación de estos criterios en la contratación pública, o al menos que se señalen como principios de la contratación. Ello, tanto por la importancia que tienen, como para cumplir con compromisos y recomendaciones internacionales a los cuales nuestro país está obligado.

Esta importancia ha sido reconocida en Chile, como puede observarse en el proyecto de reforma a la LBCA referido anteriormente, pues, además de modificar su artículo 4, el proyecto busca mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia, e introducir principios de economía circular en las compras del Estado; es decir, incorporar más políticas horizontales. Las medidas para lograr esas metas se pueden resumir en ampliar la competencia de la ley a todos los órganos del Estado; mejorar los datos y acceso a Mercado Público; agregar nuevos estándares de probidad a los compradores públicos; darle más atribuciones al Tribunal de Contratación Pública, e incorporar economía circular, es decir, obligar a la Administración a buscar si existen bienes en desuso en otros organismos antes de contratar. En las discusiones parlamentarias del proyecto se ha relevado la materia, generalmente avalando la incorporación de estos criterios a la LBCA.⁷⁴

Por su parte, en cuanto a los contratos de construcción de obras públicas, no hemos encontrado algún proyecto patrocinado por el Ministerio de Obras Públicas a cambios en su ley orgánica, LCOP o en el RCOP, ni en sus respectivos reglamentos. Sin embargo, en el

⁷⁴ Así, por ejemplo, en la discusión en general sobre el proyecto, la senadora Ximena Órdenes señaló que «en pleno año 2022 hemos tomado conciencia del tremendo poder del Estado como comprador, pudiendo, en base a sus criterios y decisiones de compra, inclinar la balanza a favor de uno u otro tipo de proveedores; de la concentración o desconcentración de los mercados; del incentivo a las nuevas tecnologías e innovaciones, y de la protección del medioambiente y la lucha contra el cambio climático» y que «hay otros criterios, además del precio, que resultan fundamentales a la hora de decidir qué se compra, entre ellos las externalidades negativas para el medioambiente. Países como Dinamarca, Reino Unido, Holanda y Estados Unidos han avanzado en esa dirección».

Congreso existe un proyecto de ley en tramitación —empero sin mayor avance— respecto de temas relacionados a políticas horizontales, cual es el Boletín 13933-09, originado por moción en la Cámara de Diputados, que busca establecer una obligación para los concesionarios de obra pública que, durante la ejecución del proyecto, procuren «causar el menor impacto en el normal desenvolvimiento de la comunidad asentada en el lugar donde se emplaza la misma, especialmente en lo que se refiere al tránsito, protección del espacio público y áreas verdes y economía local o familiar». Además, el MOP estaría estudiando reformar el RCOP para, entre otras cosas, incorporar criterios de economía circular.⁷⁵

En nuestra consideración, el actual Gobierno podría relevar aún más esta materia, pues —como ya ha sido señalado— las políticas horizontales pueden ser muy relevantes en el actual contexto de crisis económica, ya que focalizan el gasto público hacia áreas especialmente necesitadas. Al ser casuísticas —es decir, debe analizarse su aplicación caso a caso, sea en licitaciones o en tratos directos—, permiten la necesaria flexibilidad discrecional para cada organismo, pero, a la vez, son poderosas herramientas para el Gobierno, en la búsqueda de reavivar la economía, crear empleos e ir en ayuda de sectores más vulnerables o rezagados. En este escenario, creo que son importantes las políticas horizontales sobre empleo justo e igualdad de género, pues en ese ámbito las mujeres fueron golpeadas especialmente por la pandemia de covid-19,⁷⁶ y la compra pública —en especial a mipymes lideradas por mujeres— puede servir a estimular la creación de empleo femenino. A su vez, no pueden descuidarse las políticas medioambientales en el actual contexto de crisis hídrica y de otras problemáticas ambientales, por lo que estas deben seguir siendo consideradas a la hora de analizar qué criterios de evaluación se incorporan en las bases de licitación.

5. CONCLUSIONES

La contratación pública, una actividad tradicional de la Administración, ha ido evolucionando a través de los años. Esta mutación se encuentra estrechamente relacionada con el cambio que ha experimentado la misma noción del Estado, pasando de uno que ejecuta actividades materiales de forma directa, a otro que regula las actividades de los privados

⁷⁵ Claudia Saravia, «MOP y entidades del sector construcción alistan cambios al Reglamento para Contratos de Obra Pública», *Diario Financiero*, 23 de diciembre de 2022, <https://www.df.cl/empresas/construccion/mop-y-entidades-del-sector-construccion-alistan-cambios-al-reglamento>.

⁷⁶ Gloria Godoy, «¿Cuál es la realidad actual de las mujeres en Chile en el ámbito laboral?», Instituto Nacional de Estadísticas, 4 de marzo de 2022, <https://www.inec.cl/prensa/2022/03/04/cu%C3%A1l-es-la-realidad-actual-de-las-mujeres-en-chile-en-el-%C3%A1mbito-laboral>.

que, bajo esos criterios, pueden prestar servicios públicos. Así, cada vez más servicios y bienes son contratados por el Estado a particulares, ya sea mediante contratos de suministro, de prestación de servicios, de obra pública o de concesión de obra pública, u otras herramientas. Los objetivos y principios que rigen estos contratos han sido actualizados para reflejar esta realidad, así como por los desafíos que enfrenta el país y el mundo, como son la desigualdad económica, de género o el cambio climático.

Uno de los cambios relevantes que han experimentado estos contratos, tanto a nivel internacional como nacional, es la inserción —mediante normas legales, reglamentarias o prácticas administrativas— de las llamadas *políticas socioculturales u horizontales*, que buscan agregar criterios de acceso, evaluación o adjudicación a los contratos que no se relacionan directamente con el mejor valor por dinero, sino con otra clase de políticas públicas que los distintos Estados buscan implementar, como son la protección del medioambiente, la protección de los derechos de los trabajadores, la lucha contra la corrupción, la igualdad de género, etcétera. Estas reconocen el poder con que cuenta el Estado al participar en el mercado, por su gran capacidad de compra, lo que significa que, mediante esos contratos, puede influir en los comportamientos de los particulares que son o desean ser proveedores del Estado.

Las políticas horizontales se han ido popularizando a nivel mundial y ya son parte de las estrategias de diversos organismos internacionales de los cuales Chile participa, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, recomendaciones de la OCDE o de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como parte de ordenamientos jurídicos como la Unión Europea, Estados Unidos, Australia y distintos países de nuestra región.

Hemos afirmado que este cambio se manifiesta a través de diversos mecanismos, enmarcados dentro de una estrategia de «regulación por contrato». Además, se trata de normas que forman parte del orden público económico. Así, entonces, los Gobiernos buscan regular la conducta de los privados con quienes contratan para que continúen cumpliendo con leyes previamente establecidas, realicen acciones que se consideran beneficiosas para la sociedad, o bien, se desincentiven comportamientos que se creen perjudiciales, a través del castigo por su comisión.

En Chile existen políticas horizontales en las leyes sobre contratación administrativa, como son las incorporadas a la LBCA, la LCOP y el RCOP. Por ejemplo, la LBCA contiene exclusiones de contratar para personas que hayan sido condenadas por prácticas antisindicales; la posibilidad para los organismos de incorporar criterios de evaluación referidos al medioambiente, desarrollo regional o participación de personas con discapacidad. Asimismo, existen recomendaciones y programas administrativos para incentivar a los organismos públicos a considerar estas políticas a la hora de planificar sus compras.

A pesar de que algunas de estas normas han sido puestas en duda por jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional, creemos que aquello no se trata de una materia zanjada, ni ha alterado el hecho de que se trata de políticas que son recomendadas por organismos internacionales del cual Chile forma parte, y que nuestra propia autoridad hoy busca profundizar dentro de nuestro ordenamiento. En definitiva, prevemos que estas políticas continuarán siendo relevantes en el futuro en la legislación chilena referida a contratos administrativos, para así enriquecerla y harcela más equitativa. ■

RECONOCIMIENTOS

El presente artículo forma parte de una investigación personal de la autora.

BIBLIOGRAFÍA

- Alegría, Christian. «Análisis crítico a la eficiencia y alcance de la sentencia laboral por tutela de derechos fundamentales en la Ley 19.886 sobre compras públicas». Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile, 2018. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/153089/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-a-la-eficacia-y-alcance-de-la-sentencia-laboral-por-tutela-de-derechos-fundamentales-en-la-Ley-19.886-sobre-compras-p%C3%BAblicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Arrowsmith, Susan. «Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy». *Journal of Public Procurement* 10, n.º 2 (2010): 149-186.
- Baldwin, Robert, Martin Cave y Martin Lodge. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Barra, Nancy y Gabriel Celis. *Contratación administrativa bajo la Ley de Compras*. Santiago: Thomson Reuters, 2012.
- Beard, Mary. *SPQR: A History of Ancient Rome*. Nueva York: Liveright, 2015.
- Beckers, Anna. «Using Contracts to Further Sustainability? A Contract Law Perspective on Sustainable Public Procurement». En *Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspective on the State as a Stakeholder*, editado por Beate Sjøfjell y Anna Wiesbrock (pp. 206-229). Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Bermúdez, Jorge. «La protección del patrimonio público a través de instrumentos administrativos». *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* 14, n.º 1 (2007): 21-41.
- — *Derecho administrativo general*. Santiago: Legal Publishing, 2014.
- Brito, Jerry y Susan E. Dudley. *Regulation: A Primer*. Washington D. C.: George Mason University, 2012.
- Cordero Vega, Luis. *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.
- Esteve, José. «La extensión del derecho público: Una reacción necesaria». *Revista de Administración Pública* 189 (2012): 11-40.

- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo I*. Madrid: Civitas, 2002.
- Huidobro, Ramón. «Orden público económico y regulación». *Revista de Derecho Público* 73 (2010): 243-262.
- Linazasoro, Izaskun. «El derecho a una buena administración pública en Chile». *Revista de Derecho Público* 88 (2018): 93-109.
- Loo, Martín. «Las concesiones de obra pública: ¿Qué son y por qué se utilizan en Chile?». *Revista de Derecho del Estado* 44 (2019): 327-359.
- María Arnáez, Vega. «El fomento del cooperativismo a través de la contratación pública sostenible». *Revista de Estudios Cooperativos* 133 (2020): 1-12.
- McCrudden, Christopher. «Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes». *Natural Resources Forum* 28 (2004): 257-267.
- — *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change*. Londres: Oxford University Press, 2007.
- Montt, Santiago. *El dominio público: Estudio de su régimen especial de protección y utilización*. Santiago: Legal Publishing, 2009.
- Moraña Klenner, Claudio. *Contratación administrativa*. Santiago: Jurídica, 2009.
- Naciones Unidas. *Sustainable Energy Regulation and Policymaking for Africa*, 2015. <https://shorturl.at/npzBY>
- Nicolás, Jenny. «Contratación administrativa a través de convenios marco: Naturaleza jurídica y aplicación práctica». *Revista de Derecho Administrativo Económico* 20 (2015): 43-80.
- Ponce de León, Sandra. «El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena: Análisis constitucional de algunos de sus elementos». *Revista de Derecho Público* 79 (2013): 115-144.
- Silva Cimma, Enrique. *Derecho administrativo chileno y comparado*. Santiago: Jurídica, 1995.
- Soto Kloss, Eduardo. *Derecho administrativo: Temas fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2012.
- Ssenoga, Francis. «Discriminatory Public Procurement Policies». Tesis doctoral Universidad de Twente, 2010. <https://research.utwente.nl/en/publications/discriminatory-public-procurement-policies>

- Unión Europea. *Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de Naciones Unidas, 2021.
- Verbruggen, Paul. «Regulatory Governance by Contract: The Rise of Regulatory Standards in Commercial Contracts». *Recht der Werkelijkheid* 35 (2014): 79-100.
- Yrarrázabal, Arturo. «Principios económicos de la Constitución de 1980». *Revista Chilena de Derecho* 14, n.º 1 (1987): 99-100.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1968-11, 15 de Mayo de 2012. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Sociedad Starco S.A. respecto del inciso primero del artículo 4 de la Ley 19.886.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3570-17, 29 de noviembre de 2018. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto del artículo 294 bis del Código del Trabajo y la segunda frase contenida en el artículo 4 inciso primero de la Ley 19.886.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 3702-17, 29 de noviembre de 2018. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Universidad de Chile respecto del inciso primero del artículo 4 de la Ley 19.886.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 12882-22, 2 de agosto de 2022. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Finning Chile S. A., respecto de los artículos 4, inciso primero, segunda frase, de la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios; y 495, inciso final, del Código del Trabajo.