

La Función Social de la Contratación Pública a contracorriente del Pensamiento Único



DERIK LATORRE BOZA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado y
actual Vocal de dicho órgano.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La contratación sostenible: reto urgente para la contratación pública.
- III. La contratación pública sostenible en el derecho comparado:
 1. El caso de la normativa de la Comunidad Europea.
 2. El caso de la normativa española.
 3. Algunas experiencias prácticas de contratación pública sostenible.
- IV. La contratación pública, criterios sociales y discriminación positiva:
 1. Discriminación positiva como herramienta de inclusión.
 2. Tipos de cláusulas sociales que pueden incorporarse.
- V. La contratación sostenible en la normativa peruana de contratación pública:
 1. El mejor valor por el dinero.
 2. Criterios medioambientales.
 3. Criterios sociales.
 4. Problemas para la aplicación de cláusulas sociales en el Perú.
- VI. Oportunidad de la aplicación de los criterios de sostenibilidad, especialmente para el caso de criterios sociales.
- VII. Metodología para el desarrollo de compras públicas sostenibles.
- VIII. Conclusiones.

"Cuando estamos hablando de exclusión estamos hablando de muchas cosas, pero, entre otras, de mujeres, de indígenas, de migrantes, de los discapacitados, de los marginados".

MICHELLE BACHELET

I. INTRODUCCIÓN

La *aldea global* –término que Marshall McLuhan habría ideado en el siglo XX– es un concepto de mucho interés, que da cuenta de la realidad de un mundo interrelacionado, fundamentalmente en los aspectos económicos, políticos y sociales, gracias a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), con énfasis especial en el Internet. Esta nueva realidad de profunda interrelación hace que el mundo tenga un nivel mayor de interdependencia, lo que implica –esto al menos teóricamente– una suerte de “conciencia global”, que promovería ideales comunes en los ámbitos ecológico y económico, con la finalidad de lograr un desarrollo sustentable de

la Tierra.¹ No obstante, esta realidad ha traído como consecuencia, en palabras de Ignacio Ramonet², la imposición de un “pensamiento único” y el desmedido control por parte del poder financiero internacional de los medios de producción y comunicación en un juego en que imperan los intereses del libre mercado. Claro, es cierto que el mercado es la mejor manera de asignar los recursos –de por sí escasos– para la consecución de un uso más eficiente de los mismos, pero dicho rol debe efectuarse, de todas maneras, bajo la necesaria supervisión social, la misma que, en nuestra sociedad, se puede dar, fundamentalmente, a través del Estado³ y sus instituciones, sin perjuicio de la acción directa de la denominada “sociedad civil”.

Inmersos en un proceso de globalización, como el que venimos viviendo, es crucial que el ordenamiento jurídico también se rediseñe atento a ese contexto mundial.⁴ Y es ese rediseño el mayor reto para el sistema de contratación pública actual, en un país como el Perú, en el que, de acuerdo a una encuesta de opinión pública⁵,

1 Cfr. http://es.wikipedia.org/wiki/Aldea_global.

2 RAMONET, Ignacio, *El pensamiento único*. En: *Le Monde Diplomatique* (edición española) y *Pensamiento Crítico vs. Pensamiento Único*, Tema de Debate, Madrid, 1998. Ramonet señala que “En las democracias actuales, cada vez son más los ciudadanos que se sienten atrapados, empapados en una especie de doctrina viscosa que, insensiblemente, devuelva cualquier razonamiento rebelde, lo inhibe, lo perturba, lo paraliza y acaba por ahogarlo. Esta doctrina, es el pensamiento único, el único autorizado por un invisible y omnipotente policía de la opinión” (p. 15).

3 Ver TORRES LÓPEZ, Juan, *La crisis financiera. Guía para entenderlo y explicarlo*, ATTAC, España, 2009. En dicho libro se manifiesta que “Solo la intervención del estado ha permitido, como ocurrió en los llamados años gloriosos del capitalismo posterior a la segunda guerra mundial, que la evolución cíclica hacia la crisis se suavizara y que se viviera una época más larga de estabilidad económica y de crecimiento de la actividad prolongado (lo que, naturalmente, no quiere decir que desaparecieran entonces otros problemas que produce la economía capitalista, como las desigualdades)” (p. 19). Es más, la propia eficiencia del sistema económico se ve limitada si se le deja a la deriva del puro interés privado: “si las políticas neoliberales contraen la actividad, como consecuencia de que imponen la moderación salarial y de que prefieren disminuir la resistencia laboral a expandir la demanda y la rentabilidad, lo que ocurre es que la tasa de ganancia que se obtiene es elevada por intensa pero no por extensa y, en cualquier caso, inferior a la que potencialmente se podría obtener si se pusieran en movimiento todos los recursos potenciales de la economía” (p. 31).

4 Deben tomarse en cuenta, por ejemplo, los cambios que han hecho de la promesa china una realidad innegable; en otras palabras, inclusive el gigante asiático se ha visto en la necesidad de dar lugar a una serie de cambios que le permitieran afrontar el reto de lo que, gruesamente, podemos llamar “modernidad”. *China ha saltado en tres décadas de una economía planificada de inspiración soviética a una economía de mercado socialista inventada por el viziracho Deng Xiaoping, que viene a ser algo así como un capitalismo de estilo occidental bajo una fuerte intervención del Estado y un régimen de partido único* (Cfr. REINOSO, José, *El gigante se le juega*. En: http://www.elpais.com/articulo/portada/gigante/juega/elpopuln/20080420/elpopuln_2/Text).

5 Opinión Data, resumen de las encuestas a la opinión pública, publicado por Ipsos APOYO Opinión y Mercado S.A., Año 9, número 112, mayo 2009. Encuesta sobre los principales problemas del país, que puede verse en <http://www.apoyo.com/Default.aspx>.

los principales problemas son el desempleo y la falta de trabajo (41%), la corrupción (39%), la delincuencia y la falta de seguridad (38%), la pobreza y el hambre (34%), costo de vida y precios altos (24%), abuso de las autoridades (20%) y educación inadecuada (19%). Veamos el cuadro de esta encuesta, publicado en la página 3 del boletín Opinión Data, en el que pueden apreciarse los resultados comparativos de los años 2008 y 2009 de las respuestas formuladas por los encuestados a la pregunta por los principales problemas del país en la actualidad:

Cuadro 1

Problemas	2008	2009
Desempleo / falta de trabajo	38	41
Corrupción / coimas	43	39
Delincuencia / falta de seguridad	28	38
Pobreza / hambre	38	34
Costo de vida / precios altos	24	24
Abusos de las autoridades	23	20
Educación inadecuada	23	19
Narcotráfico y consumo de drogas	16	16
Terrorismo / subversión	12	14
Salud pública inadecuada	15	12
Destrucción / contaminación del medio ambiente	7	10
Desigualdad / diferencias entre ricos y pobres	8	8
Malas condiciones laborales	10	7
Falta de agua potable y alcantarillado	7	7
Falta de democracia	7	5

- 6 Alfredo Bullard, profesor de Derecho al que respeto por sus calidades profesionales e intelectuales, me sorprendió en una nota publicada en el diario Perú 21, en la que se pregunta "¿alguien sabe qué significa [el término "neoliberal"]? No conozco académica, política o ciudadana que se autodenomine neoliberal. Es un término inventado por los sociólogos (mejor dicho, los neosocialistas) para referirse a una supuesta forma de pensar que fracasó y trata de renacer [...]". Y concluye que "lo que hay son liberales: los que creen en la libertad política y económica para lograr la dignidad humana. Los neoliberales son como el curio, los usan para asustar, pero no existen" (Ver: <http://www.peru21.com.pe/comunidad/Columnistas/Html/bullardindex.html>). Digo que esta nota me ha sorprendido, pues Bullard parece ignorar el artículo publicado por Enrique Ghersi, bajo el título de *El Mito del Neoliberalismo* (Ver: http://independent.typepad.com/elindependent/2007/03/el_mito_del_neo.html), en la que hace un recuento histórico del término "neoliberalismo" y, al menos en alguna de sus acepciones, podría rastrear su origen en un debate entre los más preclaros representantes del liberalismo (Rueff, Hayek, von Mises, Rustow, Rospcke, Detouffe, Candille, Polanyi, Lippman, Baudin), sucedido en París, hacia 1938. Lo cierto es que no existe consenso respecto a qué entender por "neoliberalismo". Sin embargo, cuando en este texto se utiliza dicho concepto, opto por entender con él la reducción economicista del pensamiento liberal clásico. En palabras de Walker Prieto, "el liberalismo clásico no es solo un planteamiento económico. Llegó a serlo; pero junto con ello fue un planteamiento filosófico, político y moral de mucha complejidad y de mucha riqueza". En contraste con ello, se observa en "el neoliberalismo, junto con aquellos elementos de continuidad [el tema del individuo, desde el punto de vista filosófico y el tema de la crítica al Estado y la postulación de un Estado más bien marginal], un afán reduccionista y economicista, muy unilateral, básicamente concentrado como planteamiento económico, a pesar de Hayek y algunas reservas". Ver: WALKER PRIETO, Ignacio, *Neoliberalismo socio-político en América Latina: balance crítico*, p. 4. En: http://www.economiaynegocios.uhu.edu.cl/peee/pdf/documentos/neoliberalismo_sociopolitico_america_latina.pdf.

Los pensadores neoliberales⁶ prorrumpieron, desde distintas tribunas y con una envidiable cobertura mediática, señalando que el objetivo central de una "política correcta" era reducir el tamaño del Estado y entregarlo todo al sector privado, el único capaz de crear la riqueza. El mundo –y el Perú, como parte de él– guardó silencio y aceptó esa receta sin mayor discusión. Pues bien, ese dogma no resiste hoy mayor análisis, luego de casi dos décadas de la imposición de sus políticas en nuestro país. Es cierto que se requiere del manejo responsable de la economía, pero ello no basta, ni siquiera para los organismos multilaterales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, etcétera). Comentando el *Informe 2008 del Banco Interamericano de Desarrollo: ¿Los de afuera? Patrones cambiantes de exclusión en América Latina y el Caribe* (Gustavo Márquez et. al., coords., 2007), Martín Tanaka afirmaba que "La temática de la exclusión finalmente llegó hasta los organismos multilaterales. En resumen, ella alude a una situación en la que importantes sectores de la población quedan fuera de la dinámica de crecimiento económico y de la estructura de protección social del Estado por carecer de competencias, capacidades básicas que les permitan aprovechar las oportunidades que se presentan. En esto influye el aislamiento geográfico, la escasa productividad de sus actividades, bajos niveles educativos y niveles de capacitación, escasa capacidad de organización y articulación de sus intereses. Por todas estas razones, se trata

de sectores relativamente 'invisibilizados', pero cuya existencia sale a relucir en las encuestas de opinión y en los procesos electorales".⁷ Esta situación nos muestra que el punto de partida sea totalmente desigual e inequitativo para los diferentes sectores de la sociedad, con lo que la "libre competencia" resulta ser falaz; es necesario que el Estado implemente las medidas necesarias para estabilizar el terreno y hacerlo más equilibrado y equitativo para todos, sólo así podremos hablar de la vigencia del principio de libre competencia.

II. LA CONTRATACIÓN SOSTENIBLE: RETO URGENTE PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Pues bien, no obstante que las reglas de mercado son las que rigen el acontecer económico, social y político en este mundo globalizado, lo cierto es que "lo público" ha vuelto a cobrar importancia justamente ante las carencias del enfoque economicista del neoliberalismo ante situaciones como la descrita en el párrafo anterior.

Por otro lado, un tema respecto al cual se ha establecido ya un consenso es el de la relevancia económica de la contratación pública a nivel mundial. Creo que nadie puede negar que el Estado es el principal contratante de bienes, servicios y obras. Así, para el caso europeo, por ejemplo, de acuerdo a la Comisión Europea, la incidencia de la misma va desde 11,9% (Italia) hasta 21,5% (Holanda) siempre en relación con el Producto Bruto Interno (PBI) de cada país. En el caso de nuestro país, con cifras a 2008, tenemos que, de acuerdo al INEI, el Producto Bruto Interno Real del año 2008 fue de S/.191'573'870,000, mientras que, de acuerdo a lo informado en el SEACE, los procesos convocados durante ese mismo año implicaron un monto ascendente a la suma de S/. 41'851'876,628, lo que en términos porcentuales equivale al 21,85% del PBI.

Esta importancia ha sido reconocida de tal modo que se considera a la Administración Pública como un "agente económico de primer orden", resaltando la importancia del "presupuesto público" que se aplica en la contratación. Por ello, se resalta la importancia de efectuar un análisis concienzudo de la forma en que se desarrolla la contratación pública, con la finalidad de entender la dinámica y lograr plantear formas de mejorar los criterios de adjudicación y ejecución, descartando la simplicidad del precio como factor único de adjudicación y admitiendo la incorporación de criterios más complejos pero de mayor relevancia para la sociedad. Desde esa perspectiva, por ejemplo, la Comunidad Europea trabajó con evidente seriedad el denominado Libro Verde "La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro", en el que se dejó claramente sentado lo siguiente:

"Una política efectiva de contratación pública es fundamental para que el mercado interior alcance sus objetivos: generar crecimiento sostenido a largo plazo, crear empleo, favorecer el desarrollo de empresas capaces de explotar las posibilidades ofrecidas por el mayor mercado integrado del mundo y de afrontar eficazmente la competitividad en los mercados globales y permitir que el contribuyente y los usuarios obtengan servicios públicos de mejor calidad a menor costo".⁸

De ese modo, la Unión Europea dio una lectura prospectiva de la relevancia de la actividad económica generada por el Estado para la consecución de diferentes objetivos tanto económicos y sociales, como medioambientales. Y esto ha venido configurando lo que hoy se conoce como *Compra Pública Sostenible*, concepto que se origina en otros dos conceptos que empezaron a plantearse anteriormente. En primer lugar, el concepto de *Desarrollo Sostenible* que

7 TANAKA, Martín, *El crecimiento y el desafío de la inclusión*. En: <http://www.peru21.com/comunidad/Columnistas/Html/tanakaIndex.html>

8 Ver: http://europa.eu/documents/commigreen_papers/pdf/com-96-583_es.pdf p.1.

es entendido como el "desarrollo que cubre las necesidades presentes sin poner en riesgo la habilidad de próximas generaciones para cubrir sus propias necesidades" (Comisión Brundtland, 1987). En segundo lugar, el concepto de Consumo Responsable entendido como "el uso de bienes y servicios que responden a necesidades básicas y proporcionan una mejor calidad de vida, al mismo tiempo que minimizan el uso de recursos naturales, materiales tóxicos y emisiones de contaminantes sobre el ciclo de vida, de tal manera que no se ponen en riesgo las necesidades de futuras generaciones" (Simposio de Oslo, 1994). Estos dos conceptos fueron interrelacionados durante la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en la que se plasmó en el Capítulo 4 de la Agenda 21, la siguiente proposición:

*"Debemos considerar la necesidad de adoptar nuevos conceptos de riqueza y prosperidad, lo cual no sólo permitirá alcanzar mayores estándares de vida mediante el cambio de los estilos de consumo, sino también nos hará menos dependientes de los recursos finitos de la Tierra y nos colocará en armonía con las capacidades de esta".*⁹

Ahora bien, la "contratación pública sostenible" es una construcción teórica que "pretende ser una herramienta para integrar criterios ambientales, sociales y éticos en la compra o contratación de obras, bienes o servicios de las Administraciones Públicas".¹⁰ Es decir, tenemos que ella aúna diferentes concepciones de la contratación pública, destacando los aspectos éticos, sociales y

medioambientales que deben integrarse. Así, debe precisarse que la compra ética comprende "la exigencia a las empresas y productores que operan en países extracomunitarios, de garantías sobre el cumplimiento de condiciones laborales dignas y lucha contra el trabajo infantil a lo largo de toda la cadena de suministro. Así como el apoyo expreso a las iniciativas y productos de Comercio Justo".¹¹ Luego, la compra verde o ecológica "se basa en la incorporación de requerimientos medioambientales en los contratos de suministro, obras y servicios como la eficiencia energética, el uso de productos reutilizables, el empleo de energías renovables, la minimización de emisiones, la adecuada gestión de residuos, etcétera". Por último, la compra social "considera aspectos como la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la contratación de empresas de inserción y centros especiales de empleo".¹²

Si nos atenemos a los resultados de la encuesta antes referida, desarrollada por Ipsos Apoyo, puede concluirse que los problemas a los que el Estado y la sociedad debieran prestarle mayor atención son, justamente, los allí mencionados, destacando, para el caso del presente ensayo, los temas laborales (desempleo y malas condiciones laborales), económicos-sociales (pobreza, costo de vida, educación y salud inadecuadas, desigualdad y falta de agua potable y alcantarillado) y ético-penales (corrupción, delincuencia y abuso de autoridades). La mayoría de estos temas, si no todos, tienen que ver con un problema fundamental que es el de la exclusión

9 Cfr. Guía práctica para el desarrollo de la Contratación Pública Sostenible. Sostenibilidad en las compras y contrataciones públicas paso a paso, realizada por el Departamento del Medio Ambiente. En: http://www.dlpsucardoba.es/medioambiente/pdf/Guia_CPS.pdf, p. 9.

10 Ver: http://portal.aragon.es/portal/page/portal/MEDIQAMBIENTE/CALIDAD_AMBIENTAL/COMVERD/CATALOGO/02/INTRODUCCION.PDF.

11 Se entiende por Comercio Justo una relación de intercambio comercial basada en el diálogo, la transparencia y el respeto que busca una mayor equidad en el comercio internacional; mediante este se busca contribuir al desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurando los derechos de los pequeños productores y trabajadores marginados, especialmente del Sur.

12 LESMES ZABALEGUI, Santiago, Guía de contratación pública sostenible. Integración de criterios sociales, Fundación Centro de Recursos ambientales de Navarra, 2008. Ver en: http://www.ciana.org/archivos/informacion/publicaciones/24_10_2006/Guia_CPS.pdf, p. 8.

de importantes sectores de la población de la dinámica social. ¿Qué rol juega el Estado?, ¿qué papel le corresponde a la contratación pública en este campo?

Vistas así las cosas, se puede concluir que la contratación pública debe repensarse con mucha atención a los objetivos que quieren lograrse; de ese modo:

"El enfoque se centra en que la contratación pública comporte y persiga además un beneficio social (o medioambiental) concretando el principio de que la intervención pública tiene responsabilidades sociales con independencia de su ámbito y propugnando la consecución de objetivos sociales de modo transversal en el marco de sus intervenciones". Y es que "la contratación pública se basa actualmente en unos criterios objetivos (condiciones técnicas y precio) y la salvaguarda de unos principios (libre concurrencia y publicidad), mientras se obvian otros criterios objetivos (por ejemplo remuneración, composición de la plantilla o estabilidad laboral) y no se toman en cuenta principios más importantes de carácter social y antidiscriminatorio".¹³

III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE EN EL DERECHO COMPARADO

1. El caso de la normativa de la Comunidad Europea

En el Libro Verde antes mencionado, en su apartado 5.38, se señala que la política social de la Unión Europea contribuye a velar por un elevado nivel de empleo y de protección social, de conformidad con el artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, además de la libre circulación de trabajadores, la igual-

dad de oportunidades entre hombres y mujeres, el refuerzo de la cohesión económica y social, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, un nivel elevado de protección de la salud, el fomento de una educación y una formación de calidad y la inserción social de personas con minusvalías y otras categorías desfavorecidas. Como puede apreciarse, se estableció como un objetivo a alcanzar o, por lo menos, fomentar mediante la contratación pública, una serie de políticas inclusivas de los sectores menos favorecidos de la sociedad. En efecto, este es el rol que le corresponde a la contratación pública cuando se mira a futuro.

En su apartado 5.39, precisa que los poderes y entidades adjudicadoras "pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos". Entre los ejemplos que ilustran esta situación, pueden citarse las exigencias legales en materia de protección del empleo y de las condiciones de trabajo, cuya aplicación es obligatoria en el lugar en que se ejecuta un contrato de trabajo, o las denominadas "acciones positivas", es decir, la utilización de un contrato público como medio de conseguir el objetivo deseado, por ejemplo la constitución de un mercado cautivo para un taller protegido, del cual no cabe esperar que haga frente a la competencia de empresas comerciales tradicionales con una productividad normal.

En ese sentido, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, establece en su artículo 26, que los poderes adjudicadores "podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que estas

13 LESMES ZABALEGUILI, Santiago, *Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombre en el mercado laboral*. En: Revista Lan Harremanak No. 13, 2005-II, p. 66. Se puede acceder al archivo del artículo en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1419457>.

sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental". Siguiendo esa línea, el artículo 45 de la misma Directiva establece los criterios de selección cualitativa, estableciendo en su numeral 2 literal e) que podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico que no esté al día en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador. Es más, por el artículo 52 numeral 4 se podrá exigir una certificación suplementaria en lo que se refiere al pago de las cotizaciones a la seguridad social y al pago de los impuestos y gravámenes de cualquier operador económico inscrito, con ocasión de cada contrato.

2. El caso de la normativa española

En el caso español, tenemos que a nivel normativo el año 2007 se promulgó la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, norma que sigue los lineamientos de la normativa comunitaria. Es así que, en la Exposición de Motivos, en su numeral IV.3, establece lo siguiente:

"Las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un 'comercio justo' con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005:2245 (INI)]" (subrayado mío).

Es más, cuando la norma referida aborda el tema de las prohibiciones de contratar, señala entre los impedidos para contratar con las Adminis-

traciones Públicas españolas a los autores de infracciones de carácter social o medioambiental; en el artículo 49-1-d precisa que está impedido de contratar con el Estado la persona que no se halle "al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen".

Vale destacar que, en el artículo 134-1, se señala que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa "deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes" (resaltado mío).

En la Sección Segunda de la Ley se encuentra lo referente a los Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. El artículo 103-1 establece que el órgano de contratación "podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato". Por su parte, el artículo 102 regula que los órganos de contratación "podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego

o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo (...). El incumplimiento de estas obligaciones podría ser incluso causal de resolución del contrato.

También pueden establecerse estos criterios como prescripciones técnicas (especificaciones técnicas, según los términos que utilizamos en el Perú); de ese modo, el artículo 101-1 establece que las prescripciones técnicas "se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos (...), de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental (...)".

Por último, la Disposición adicional sexta regula la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro; para estos casos, se ha optado por darle la preferencia en la adjudicación de contratos en casos de empate a las empresas que cumplan con esas condiciones.

En cuanto refiere estrictamente a la implementación de las compras verdes en España, tenemos que dicho país dispone de algunos

ejemplos significativos; así, puede destacarse las disposiciones legales que introducen consideraciones ambientales en los contratos públicos, respecto a lo cual hay que precisar que han sido los municipios los primeros en incorporarse a las nuevas políticas y también algunas Administraciones autonómicas han desarrollado diferentes experiencias o han incluido en su legislación determinaciones para la promoción de la compra pública sostenible, como son los casos de Castilla León, La Rioja y el País Vasco o la Comunidad Valenciana.¹⁴

3. Algunas experiencias prácticas de contratación pública sostenible

En este momento ya se cuenta con experiencia en contratación pública sostenible, fundamentalmente en lo que refiere a las compras públicamente ambientalmente responsables.¹⁵ Es así que puedo citar los siguientes casos:

En primer lugar, hay que señalar que en la Unión Europea se recomendó un estudio a la Comisión Europea, luego del cual "se ha reconocido la importancia de las compras y contrataciones sustentables como un instrumento idóneo para promover e implementar diversas políticas y estrategias ambientales de esa región (...)".¹⁶

En el caso de Alemania, su ley federal de residuos exige que las instituciones públicas den preferencia a los productos ecológicos al efectuar sus compras; del mismo modo, las ordenanzas municipales y estatales ordenan incluir criterios medioambientales en las solicitudes de presupuestos, aunque los criterios económicos tienen preferencia en la valoración.

14 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Manuel, Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Situación actual y perspectivas, Boletín económico de ICE No. 2830, del 10 al 16 de enero de 2005, pp. 42-43. En: http://www.revistasice.info/cms/revistas/ICE/pdf/BICE_2830_35-45_28835180450F4900B92AD5F5A46C4D8F.pdf

15 *Ibidem*, pp. 43-44.

16 Instituto Argentino para el Desarrollo Sustentable, Compras públicas sustentables en el MERCOSUR. Lineamientos para la elaboración de políticas, Editado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, y el MERCOSUR, Primera Edición, Buenos Aires, República Argentina, Setiembre 2008, p. 40. En: http://www.medpys.net/MD_upload/medpys_net/Files/Compras_sustentables/manual%20para%20políticas%20para%20el%20merc%20sur.pdf

Y en el caso de Austria, donde las actividades a nivel local existen desde finales de los años ochenta, las leyes federales promulgadas en 1990 y 1993 exigen que las autoridades inserten criterios ambientales en las especificaciones de los productos (la ley de 1993 ha sido adoptada por ocho de los nueve Estados federados); por otro lado, desde 1997, el Ministerio de Medio Ambiente ha ayudado a los ayuntamientos y ministerios a adquirir productos ecológicos, y en 1998 el gobierno aprobó las ordenanzas básicas destinadas a regular la compra verde en áreas como material de oficina, construcción, limpieza y energía.

En el caso de Dinamarca, se trata de uno de los países a la cabeza en compra verde, que cuenta con una ley promulgada en 1994 que exige a las autoridades nacionales y locales el empleo de productos reciclados o reciclables y, además, todas deben tener una política de compra verde; este país ha implementado en gran medida estas políticas en su administración pública y creó incluso Compras Nacionales, una organización que presta sus servicios al gobierno central y a los municipios también en lo que refiere a las compras públicas sustentables.

Por su parte, en Suecia, los municipios y las provincias comenzaron a hacer sus compras públicas siguiendo criterios ecológicos en 1990; así, las ordenanzas nacionales aconsejan (no exigen) que las autoridades públicas tengan presentes los criterios medioambientales cuando valoren las ofertas.

El caso de Australia es otro en el que las Ordenanzas Nacionales del Gobierno para las Compras y la Reducción de Residuos promulgadas en 1996 animan a todas sus instancias a adquirir productos reciclados, para lo cual las administraciones deben tener en cuenta todos los criterios, políticos, costes y beneficios ambientalmente relevantes cuando redacten las condiciones de compra, sus especificaciones y las solicitudes de ofertas.

Al otro lado del planeta, en Canadá, existe un fuerte marco nacional tanto legislativo como programático para la compra verde, que planteó entre sus metas alcanzar el 20% de contrata-

ciones federales de energía ecológica para el año 2005 y, cuando sea factible y rentable económicamente, que el 75% de los vehículos del gobierno federal funcionen con combustibles alternativos (este objetivo se planteó, en principio, para abril del año 2004); de ese modo, la política medioambiental de Canadá dirige a las administraciones a que tengan presentes las repercusiones del ciclo de vida del producto, empleen productos con etiqueta ecológica y adopten criterios ambientales en cuanto a los materiales reciclados y a la eficiencia energética en sus compras.

En el Reino Unido la reglamentación existente permite que las administraciones observen criterios medioambientales en sus compras a condición de que no impidan la justa competencia, razón por la cual las autoridades pueden decidir cuánta importancia se debe atribuir a los criterios ecológicos y de otro tipo a la hora de conceder los contratos; sin embargo, a los departamentos del gobierno se les exigió para marzo del año 2003 que obtengan por lo menos el 5% de su energía de fuentes renovables, debiéndose incrementar al 10% para el 2008.

El caso del Reino Unido es uno de los más exitosos y se ha buscado involucrar fuertemente al sector privado, a tal punto que cuenta incluso con una Guía Verde para Compradores en la cual se enfatiza el concepto valor por el dinero.

Por su parte, la mayor potencia económica y militar del mundo, los Estados Unidos de Norteamérica, cuenta con un amplio abanico de leyes y directrices programáticas que exigen a las agencias federales que adquieran productos ecológicos, entre ellos productos con contenido reciclado y eficientes desde el punto de vista energético, así como vehículos propulsados por combustibles alternativos, aunque la puesta en práctica en el ámbito de las agencias gubernamentales ha sido bastante deficiente, aunque se está avanzando en este terreno.

En el caso de Japón, se trata de otro de los países más avanzados en lo que se refiere a compra verde, pues las autoridades locales comenzaron sus actividades en este ámbito

a principios de los noventa y una ley de 2001 obliga a las organizaciones gubernamentales, tanto de ámbito nacional como local, a desarrollar políticas y a comprar productos ecológicos específicos; ya a principios de 2003, las autoridades de 47 prefecturas y 12 grandes municipios compraban conforme a criterios ambientales y casi la mitad de los 700 municipios contaban con políticas de este tipo, teniendo su mayor progreso en las áreas del papel, material de oficina, equipos informáticos, automóviles y electrodomésticos.

En el caso de México, se está llevando a cabo un programa de compras verdes en la Ciudad de México, que se está focalizando en la compra de equipos para el alumbrado público, la construcción, el mantenimiento de carreteras y calles, y el manejo de áreas verdes.

En el caso de Costa Rica, se estableció un sistema de valoración de ofertas que puede incluir factores de evaluación por desempeño ambiental,

siempre y cuando esté relacionado con el objeto de la contratación; además, no se afectará el precio con esto, pues es uno de los factores a tomar en cuenta, no el único.

En Brasil, específicamente en el estado de Sao Paulo, el Comité Central de Gestión Pública, puede introducir criterios socio-ambientales en los procedimientos de adquisición de bienes y materiales, obras y servicios de ingeniería; este Comité, además, capacita a los funcionarios públicos para que desarrollen funciones de supervisión y control del cumplimiento de estas exigencias, lo cual es muy importante pues se ha previsto sanciones que excluyen a los proveedores infractores hasta por cinco años del Registro de proveedores del Estado.

Agrego un cuadro (cuadro 2) con información relacionada con este acápite en el que se destacan los porcentajes de las contrataciones públicas de diferentes países europeos en los que se utilizan criterios ambientales.¹⁷

Cuadro 2

COMPRAS Y CONTRATACIONES PÚBLICAS SUSTENTABLES EN LA UNIÓN EUROPEA			
PAÍS	%PBI CONTRATACIÓN PÚBLICA	LICITACIONES CON CRITERIOS AMBIENTALES	OBJETIVOS, PRODUCTOS Y ASPECTOS PRIORITARIOS
ALEMANIA	17%	70%	No se dispone información.
AUSTRIA	16%	60%	En definición.
DINAMARCA	19%	50%	Equipos informáticos, productos de limpieza, papel reciclado.
ESPAÑA	13%	Menos de 30%	No se dispone de información.
FRANCIA	16%	30%	Vehículos, construcción, productos de maderas.
FINLANDIA	16%	50%	No se dispone de información.
ITALIA	12%	30%	Eficiencia energética, contenido de material reciclado de los productos.
PAISES BAJOS	21%	50%	En 2010, 100% de las compras en el gobierno central y 50% en el resto de las administraciones.
REINO UNIDO	17%	70%	Construcción, servicio de comida, textiles, residuos, papel e imprenta, energía, consumibles y equipos de oficina, mobiliario y transporte.
SUECIA	20%	80%	No se dispone de información.

17. *Ibidem*, p. 40.

IV. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, CRITERIOS SOCIALES Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA

1. *Discriminación positiva como herramienta de inclusión*

Hemos visto que, si se atiende a las demandas de la sociedad, la contratación pública tiene objetivos importantes que cumplir y, por tanto, las políticas que desde ella o por medio de ella se implementen, constituyen un elemento que influirá decididamente en la orientación del mercado en el ámbito del que se trate. Y claro, esas políticas pueden darse de diversos modos y una de esas maneras es la de incorporar en los contratos públicos (incluyendo los Pliegos de condiciones o Bases Administrativas, en términos peruanos) estas cláusulas denominadas sociales. Por tanto, antes de seguir debe plantearse la definición de este concepto, señalando que se entiende por cláusulas sociales lo siguiente:

"La inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social, como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión), como elemento de valoración (criterio de puntuación) o como obligación a realizar en el contrato (exigencia de ejecución)". Debe tenerse en cuenta que son muchos "los aspectos de política social que pudieran considerarse: seguridad y salud laboral, estabilidad en el empleo, protección del medioambiente, promoción de empleo para personas en situación de exclusión social o de personas con discapacidad, etcétera".¹⁸

Además, quiero destacar que el objetivo de introducir criterios sociales en la contratación pública es triple y consiste, primero, en la necesidad de transformar políticas asistenciales y

pasivas por otras productivas y activas; segundo, en avanzar hacia una corresponsabilidad social entre administración pública, agentes sociales y sector económico privado, involucrando a este último en la consecución de derechos fundamentales; y tercero, facilitar la sostenibilidad de las políticas inclusivas de sectores excluidos, procurando la efectividad de otras acciones sobre la discriminación de origen.¹⁹

Como breve digresión, debo indicar que la aplicación de estas medidas de "discriminación positiva" no está exenta de problemas, pues, como informa el diario El País de España, el Tribunal Supremo emitió una sentencia en la que concluye que *"Ninguna persona debería enfrentarse a discriminación en el trabajo a causa de su raza"*, además de que *"La voluntad de evitar la discriminación inintencional no puede justificar la discriminación intencionada"*. Y esto a raíz de que, después de seis años en los tribunales, un grupo de 29 bomberos, todos blancos, incluido un hispano, logró demostrar que la ciudad que les contrató, New Haven, les había discriminado para favorecer a otro grupo compuesto íntegramente por afroamericanos; esto en tanto habría considerado que los resultados de las evaluaciones (que no aprobó ningún candidato negro) demostraban que los exámenes atentaban contra la Ley de Derechos Civiles de 1964, que establece que un empleador no puede administrar pruebas de trabajo que vulneren la representatividad de una minoría protegida. Esta decisión afecta la denominada "discriminación positiva" mediante la cual se buscó soluciones *"para salir de un círculo vicioso de marginación y pobreza al que les condenó la sociedad norteamericana de antaño"*. Y es que la meta de estas medidas es fomentar la contratación de minorías tanto en la empresa privada como en el sector público. Los únicos límites son los de las cualificaciones de cada aspirante.²⁰ En el contexto nacional,

18 LESMES ZABALEGUIL, Santiago, Op. Cit., 2005-II, p. 64.

19 *Ibidem*, p. 65.

20 En: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Proteger/negro/discriminando/blanco/elpepusoc/2009/07/04/elpepusoc_1/Tes. Incluso el propio Barack Obama manifestó su punto de vista contrario a las medidas de discriminación positiva.

es evidente que en el Perú hay elementos de discriminación racial poderosos que hace de una mayoría de la población una "minoría" discriminada por sus características étnicas y esto se traduce en el empleo en las principales entidades públicas y privadas. Desde mi punto de vista, medidas de discriminación positiva son necesarias para empezar a dar una solución, por ejemplo, a ese grave tema histórico que fractura nuestro país.

Volviendo al tema propio de este ensayo, debe evaluarse bien en qué casos es posible incorporar estas cláusulas sociales. En ese sentido, se precisa que *"la selección de la temática no debe realizarse de forma automática puesto que no todos los contratos son aptos para incluir determinadas cláusulas sociales"*, razón por la que es recomendable *"realizar un análisis previo, plantear una estrategia coherente, diseñar las prioridades sociales, atender a las características del territorio y por supuesto analizar la idoneidad de cada contrato según su sistema de adjudicación, objeto contractual, sector de actividad, plazo de ejecución y presupuesto"*.²¹

2 Tipos de cláusulas sociales que pueden incorporarse

Para este tema, sigo a Lesmes Zabalegui en los dos trabajos que utilicé como bibliografía. De ese modo, puede plantearse una serie de criterios so-

ciales que pueden incorporarse en la contratación pública. Así, podemos señalar los siguientes:

- **Inserción de colectivos desfavorecidos.** Este es uno de los objetivos sociales que la Comunidad Europea tiene entre sus prioridades y, en el ámbito de la contratación pública, se traduce en la obligación para el contratista de contratar a personas desfavorecidas en el mercado laboral, razón por la que se configura como una condición de ejecución del contrato.
- **Discapacidad.** El tema de la inclusión de las personas con discapacidad es uno de los que ha cobrado mayor vigor a nivel internacional y se han generado incluso normas para dar un alcance real a las medidas planteadas; sin embargo, el incumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas es también alto (80% de las empresas españolas).

En este punto, creo importante traer a colación la información que se desprende de la encuesta nacional urbana desarrollada por el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el mes de junio de 2009, respecto a "Inclusión e igualdad de oportunidades" en el Perú.²² Incluyo el cuadro en el que se analiza la opinión respecto a si las personas con discapacidad pueden en la práctica hacer valer sus derechos (cuadro 3):

Cuadro 3

RESPUESTAS	Diciembre 2007	Junio 2008	Diciembre 2008	Junio 2009
Siempre / Casi siempre	14	16	17	19
Algunas veces	35	38	39	42
Casi nunca / Nunca	49	45	43	37
No precisa	3	2	2	2
Total %	100	100	100	100
Base de entrevistas ponderada	1.205	1.208	1.197	1.259

21 LESMES ZABALEGUI, Santiago, Ob. Cit., 2008, p. 17.

22 Encuesta Nacional Urbana sobre "Inclusión e igualdad de oportunidades" realizada por el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Junio 2009. En: http://www.iopucp.edu.pe/np/files/sondeo_36.pdf.

Se aprecia que la opinión mayoritaria va por el lado de que las personas discapacitadas no pueden hacer valer sus derechos normalmente.

Por otro lado y sobre la base de la información hallada, se sabe, conforme a los resultados del censo de 1993, que "el 1,3% de la población peruana tenía alguna discapacidad, mientras que un estudio de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y del Instituto Nacional de Rehabilitación (INR) estimó para el mismo año, que dicho porcentaje llegaba al 13,08%. Esta enorme diferencia es un reflejo de las dificultades existentes para lograr una aproximación al tema, que sea útil para el diseño de políticas públicas a favor de este sector".²³ Este mismo nivel de desinformación se tiene respecto a los datos laborales de personas con discapacidad. Es más, "basándose en la data del censo de 1993, un 2,3% de la población indígena tiene discapacidad, más del doble que a nivel nacional. Este indicador es de un 2,5% para el caso de las mujeres indígenas que viven en zonas rurales. Así, es posible encontrar que a medida que agregamos vectores de exclusión (origen étnico, género, zona de residencia, etc.), la extensión de la discapacidad es mayor, lo que sugiere, además, que existen importantes desigualdades entre las mismas personas con discapacidad en razón a los vectores señalados".²⁴

En ese trabajo, Maldonado formula una serie de recomendaciones, de las que destaco la que plantea el utilizar la capacidad de compra estatal "para incentivar el desarrollo de las empresas promotoras de personas con discapacidad y su contratación por el sector privado. En la actualidad, el MTPE viene promoviendo el establecimiento de ventajas para las compras estatales en aquellas empresas que cumplan con los derechos laborales de los trabajadores. Consideramos que se podría incorporar dentro de esta estrategia el establecimiento de las mismas ventajas para el caso de las empresas que contraten personas

con discapacidad. En el caso de las empresas promotoras, se podría incorporar también ventajas para las compras que el Estado hace a las MYPES".

Ahora bien, la Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, establece en su artículo 38 que las empresas e instituciones del sector público "darán preferencia a los productos manufacturados y servicios provenientes de micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad, tomando en cuenta similar posibilidad de suministro, calidad, y precio para su compra o contratación".

En esa línea, el Reglamento de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 731, ha establecido que en casos de empate, el primer criterio de desempate, para el caso de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, se dará "a favor de las microempresas y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad o a los consorcios conformados en su totalidad por estas empresas, siempre que acrediten tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia". En el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Contrataciones del Estado que viene discutiendo la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República, se ha incluido una propuesta modificatoria de este artículo, precisando que la participación de las personas con discapacidad puede darse en calidad de socios o trabajadores. La doctrina española (cfr. Lesmes Zabalegui) opina que este criterio de desempate es poco adecuado, ya que los supuestos de empate no son frecuentes y, en todo caso, debiera prestarse más atención a criterios de adjudicación o ejecución de los contratos propiamente.

En el caso de la Ley 30/2007, Ley de Contratos del Sector Público de España, su artículo 49-1-c

23 MALDONADO ZAMBRANO, Stanislao, Trabajo y discapacidad en el Perú: mercado laboral, políticas públicas e inclusión social. Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2006, p. 19. Ver en: <http://www.risofidaria.org.pe/modulo/upload/discapacidad/derechos/37093386doc.pdf>.

24 *Ibidem*, p. 21.

establece que no podrán contratar con el sector público las personas que hayan sido "sancionadas con carácter firme por infracción grave (...) en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad (...)". Claro, esta prohibición es para empresas sancionadas de manera firme, pero la doctrina especializada se ha pronunciado porque debiera impedirse la participación de las empresas que no acrediten el cumplimiento de esas normas favorables a las personas con discapacidad.

Por otro lado, otro criterio social vinculado a la discapacidad, es el de las empresas de inserción y centros especiales de empleo; claro que, en realidad, este criterio trasciende el de la discapacidad, pues de lo que se trata es de reservar contratos a favor de ciertas categorías de personas, como discapacitados (talleres protegidos) o desempleados. Este criterio, implicaría una suerte de "reserva de mercado", cuyo alcance se verá más adelante.

- Comercio justo. Este concepto está relacionado con la denominada "compra pública ética", que, de acuerdo a la asociación IDEAS Comercio Justo, "hace referencia a los contratos públicos que introducen criterios éticos relativos al cumplimiento de convenciones internacionales y estándares sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos, derechos de los trabajadores, lucha contra el trabajo infantil, dando preferencia en sus compras a aquellos proveedores y productos que apuestan por criterios o estándares más exigentes, como son los estándares de Comercio Justo".²⁵ En esa medida, el compromiso del Estado por ser partícipe del denominado Comercio Justo implica exigencias éticas de alto nivel que se imprimen en la actividad comercial, pues se beneficiará a los productores que cumplen con estándares internacionales y que garantizan también

los beneficios correspondientes para el mundo en vías de desarrollo.

Como puede apreciarse, este movimiento nace en el mundo desarrollado y busca herramientas para superar las injusticias del comercio internacional que afecta, fundamentalmente, a los productores de países en vías de desarrollo; de ese modo, la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo, 2005/2245 (INI), establece como criterios que caracterizan el comercio justo los siguientes: un precio y un salario justo; prefinanciación si es requerida; relaciones estables y de larga duración; transparencia y trazabilidad a lo largo de la cadena de suministro; condiciones de producción acordes con las ocho principales convenciones de la OIT; respeto medioambiental; protección de los derechos humanos, especialmente de mujeres y niños; fomento de la producción tradicional que promueva el desarrollo económico y social; capacitación y empoderamiento de los productores y trabajadores, especialmente los más pequeños; sensibilización sobre la injusticia en las reglas del comercio internacional y la elaboración de estudios de impacto de las actividades del Comercio Justo.²⁶

Este asunto cobra especial relevancia en nuestro país en el que, por ejemplo, de acuerdo con un estudio de la Organización Internacional del Trabajo ha concluido, respecto a las cifras de trabajo infantil registradas en la región latinoamericana, lo siguiente:

"Cuando se analiza la población de 5-11 años, Perú es el país que presenta la mayor tasa de trabajo infantil (20,7%), seguido por Bolivia (15,6%) y República Dominicana y Ecuador (11,4% y 10,1%, respectivamente). Los demás países tienen tasas menores (...), con Chile y Panamá en el extremo (1,9% y 1,6%, respectivamente). Entre la población de 12-14 años, Guatemala presenta la mayor tasa de trabajo infantil (34,5%), seguido

25 Ver: http://www.comprapublicaetica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=3

26 Ver: http://www.fundearia.org/comerciojusto/pdf/guia_comercio_justo.pdf, p. 49.

de Bolivia (29,8%), y éste último, muy de cerca, por Perú y Ecuador (28% en cada uno). Luego aparecen Paraguay, República Dominicana, Honduras y Nicaragua con tasas entre 20% y 25% (...). Luego de los demás países, Panamá, Chile y Venezuela aparecen con las menores tasas.²⁷

En ese sentido, el propio organismo internacional concluye que esas cifras "dan clara idea de la gravedad del problema del trabajo infantil en América Latina y de la necesidad de llevar a cabo intervenciones masivas para erradicar este fenómeno, dándoles las oportunidades de desarrollarse plenamente que merecen –y a las que tienen derecho– los niños, niñas y adolescentes de la región".²⁸

Asociado con este criterio, se encuentra también las obligaciones establecidas por Convenios Internacionales como los de la OIT que, independientemente de la deslocalización de las empresas, haga posible la exigencia y la acreditación de que aquellas que contraten con el Estado garanticen condiciones laborales dignas en toda la cadena de producción.

- Calidad del empleo. Ya he indicado la importancia mundial de la Contratación Pública, que, en el caso del Perú, durante el año 2008 se elevó rotundamente hasta constituir el 21,85% de nuestro PBI real. Por tanto, la actividad económica que se desarrolla en relación con los bienes, servicios y obras que contrata el Estado es, indirectamente por lo menos, generadora de un significativo número de empleos, pero esto solamente visto desde un punto de vista cuantitativo, pues se ha dejado de lado lo cualitativo de las condiciones laborales en el Perú. Es más, cuando hubo

intentos por parte de algunas Entidades por incorporar algunos requisitos para proteger las condiciones laborales de los trabajadores de empresas proveedoras del Estado, estas exigencias fueron observadas y eliminadas por el órgano rector.

En relación con este punto, se trata de buscar mejoras en las condiciones laborales, que permita, por ejemplo, reducir los índices de siniestralidad laboral, desincentivar la temporalidad laboral (podría establecerse como factor de evaluación inversamente proporcional el número de trabajadores eventuales que un postor tiene, de tal modo que haya un incentivo para avanzar en la estabilidad del empleo²⁹), mejorar las condiciones salariales.

- Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Uno de los problemas reales es la desigualdad de oportunidades que se sustenta en diferencias de género, desfavorable para las mujeres, a pesar de que, constitucional y formalmente, todos seamos iguales. La normativa de contratación pública no ha afrontado directamente este tema; sin embargo, en el Perú tenemos la Ley 28983, Ley de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, respecto de cuya implementación el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social elabora informes cada cierto tiempo. Es así que en el Informe del año 2008 se indica lo siguiente:
- "La población femenina va ingresando progresivamente al mercado formal de trabajo. Las cifras indican que la PEA femenina dependiente se incrementó en 3,8% (40 mil 700 personas) mientras que la masculina se incrementó por el lado independiente

27 Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Trabajo infantil: causa y efecto de la perpetuación de la pobreza. San José, Costa Rica, Setiembre 2007, p. 14. Ver: http://white.oit.org.pe/ipiec/documentos/trab_inf_causa_efecto_pobreza.pdf.

28 *Ibidem*.

29 LESMES ZABALEGUIL, Santiago, Op. Cit, 2005 II, p. 68. Este autor señala que "el objetivo es primar la contratación estable y combatir el trabajo precario, aumentando obligatoriamente el porcentaje de plantilla indefinida de las empresas".

en 6.6% (48 mil 500 personas). Se observa también que durante el 2008, la PEA femenina ocupada se incrementó respecto del 2007 en 172,857 mujeres. Además, ha mejorado el ingreso promedio mensual de la PEA masculina y femenina con respecto al 2007, aunque se constata que persiste la brecha de género en los ingresos.³⁰

Incluyo aquí el cuadro pertinente de la encuesta nacional urbana desarrollada por el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el mes de junio de 2009, respecto a si las mujeres en la práctica pueden hacer valer sus derechos. (Ver cuadro 4).

Puede apreciarse que, en la percepción de la ciudadanía, se están dando avances importantes, no obstante creo yo que queda mucho por hacer. Y vale, entonces, recordar lo que establece el artículo 4-1 de la Ley 28983, en el sentido que es rol del Estado el adoptar "medidas de acción positiva de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre la mujer y el hombre, las que no se considerarán discriminatorias". Por tanto, las medidas de diferenciación o discriminación positiva están legalmente reconocidas y no constituyen discriminatorias. ¿Cómo conversan este criterio legal fundamental con el principio

de trato justo e igualitario de la normativa de contratación pública? En todo caso, creo que las Entidades podrían incluir en sus Bases factores de evaluación que reconozcan a las empresas que acrediten un mejor accionar en aras de alcanzar el objetivo público de "garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad" (artículo 1 de la Ley 28983). O podrían plantear condiciones de ejecución de los contratos en los que se tendría que cumplir ciertas metas de género en aras de la igualdad en el mercado laboral (por ejemplo, un porcentaje de trabajadoras mínimo).

- Accesibilidad universal para todas las personas. De acuerdo a Lesmes Zabalegui, se trata de una medida imprescindible "para lograr la integración y evitar la discriminación de las personas con discapacidad, pero es un concepto que se dirige a todas las personas, de forma que independientemente de su edad, género, origen, capacidades o bagaje cultural puedan participar en condiciones de igualdad de oportunidades en actividades económicas, culturales, sociales o de ocio, pudiendo acceder, utilizar

Cuadro 4

RESPUESTAS	Diciembre 2007	Junio 2008	Diciembre 2008	Junio 2009
Siempre / Casi siempre	46	48	46	54
Algunas veces	42	41	43	40
Casi nunca / Nunca	12	11	11	6
No precisa	0,3	0,5	1	0,4
Total %	100	100	100	100
Base de entrevistas ponderada	1.205	1.208	1.197	1.259

30 MIMDES, Segundo Informe Anual de avances de la Ley 28983. Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Período 2008. Marzo 2009.

31 LESMES ZABALEGUI, Santiago, Op. Cit., 2008, p. 43.

32 Probablemente, el planteamiento de la pregunta misma no ayude mucho, pues por qué en el caso del término "indígena" no se asocia al mismo la palabra "persona" o por qué en el caso de la persona de raza negra, se tiene que agregar el término "raza". Este tema es uno realmente complejo y al que solo me referiré tangencialmente, sin que ello implique un desconocimiento de su gran relevancia.

y comprender cualquier parte del entorno con tanta independencia como sea posible". Es más, entrando a algún nivel de detalle, nos precisa algunos ejemplos: "En el mobiliario urbano, en el transporte público, en el diseño de la documentación administrativa, en el acceso a edificios, en la traducción de eventos a braille o al lenguaje de signos, etiquetados, comunicaciones o aplicaciones informáticas".⁴¹

En este punto, voy a incluir algunos cuadros de la encuesta nacional urbana desarrollada por el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el mes de junio

de 2009, respecto a uno de los temas que resulta más delicado en relación con la exclusión social, que son los referidos a los sectores sociales considerados desde una perspectiva étnica. Así, las preguntas formuladas plantean si un "indígena peruano", una "persona blanca", una "persona mestiza", una "persona de raza negra", en la práctica, hacen valer sus derechos⁴²:

"Indígenas peruanos". Aquí la situación, al menos en la percepción pública, no va bien, pues estos segmentos sociales, no precisamente minoritarios, son percibidos como víctimas de exclusión y de imposibilidad de ejercer sus derechos. (Ver cuadro 5).

Cuadro 5

RESPUESTAS	Diciembre 2007	Junio 2008	Diciembre 2008	Junio 2009
Siempre / Casi siempre	9	9	10	13
Algunas veces	20	28	22	32
Casi nunca / Nunca	68	61	65	54
No precisa	3	2	3	2
Total %	100	100	100	100
Base de entrevistas ponderada	1.205	1.208	1.197	1.259

"Persona blanca". Como se aprecia de las cifras, es este conglomerado social bastante difuso el que tendría una situación expectante y de casi plena satisfacción en el ejercicio de sus derechos. Solamente un exiguo 3% opina que las personas que se encuentren en este segmento no pueden hacer valer sus derechos. (Ver cuadro 6).

Cuadro 6

RESPUESTAS	Diciembre 2007	Junio 2008	Diciembre 2008	Junio 2009
Siempre / Casi siempre	69	71	69	73
Algunas veces	23	23	23	22
Casi nunca / Nunca	6	4	5	3
No precisa	3	2	3	2
Total %	100	100	100	100
Base de entrevistas ponderada	1.205	1.208	1.197	1.259

"Persona mestiza". Este segmento social que, a pesar de su abstracción y notables matices, debe ser el mayoritario, tiene una situación también expectante. (Ver cuadro 7).

Cuadro 7

RESPUESTAS	Diciembre 2007	Junio 2008	Diciembre 2008	Junio 2009
Siempre / Casi siempre	32	34	36	37
Algunas veces	44	48	43	48
Casi nunca / Nunca	21	17	18	13
No precisa	3	2	3	2
Total %	100	100	100	100
Base de entrevistas ponderada	1.205	1.208	1.197	1.259

"Persona de raza negra". La situación de este segmento social se complica, pues se incrementa la percepción de que las personas que pertenecen a él no pueden hacer valer sus derechos. (Ver cuadro 8).

Cuadro 8

RESPUESTAS	Diciembre 2007	Junio 2008	Diciembre 2008	Junio 2009
Siempre / Casi siempre	20	22	22	24
Algunas veces	35	38	38	41
Casi nunca / Nunca	42	38	36	32
No precisa	4	2	5	3
Total %	100	100	100	100
Base de entrevistas ponderada	1.205	1.208	1.197	1.259

Sin embargo, se aprecia que el segmento más afectado por las diferentes formas de exclusión es el denominado "indígena peruano", que no es sino el sector de las poblaciones originarias cuyos derechos se han visto conculcados desde tiempos bastante antiguos. Esta situación debe ser enfrentada y deben buscarse formas de resolución de estos problemas que, en cuanto se mezclan con otros factores de exclusión, solamente agravan el problema y generan una inestabilidad social que resulta preocupante y que reduce nuestras posibilidades en cuanto a viabilidad de desarrollo nacional.

No existe mucha información, por ejemplo, en relación con las implicancias raciales o étnicas en el ámbito laboral o en el desarrollo de actividades en el mercado, razón por la que no son medibles los efectos del racismo peruano. Al menos, se habrían desarrollado tres trabajos referidos a los mercados laborales y las transacciones; de ellos, voy a referirme a dos: "El primero es un estudio que podría considerarse pionero en

el tema y que realizó un equipo de economistas de GRADE en base a información de la Encuesta de Niveles de Vida del año 2001 –a la que se añadió un módulo específico para caracterizar a las personas según su pertenencia "racial"–. Aplicando técnicas econométricas de análisis, los autores hallaron que una parte sustancial de las diferencias de ingresos entre los grupos raciales no pueden ser explicadas por diferencias de características individuales (como el capital humano o educación de la persona) sino, más bien, por la pertenencia racial de las personas. Las conclusiones del estudio, por lo tanto, abonaban a favor de la existencia de diferencias de ingresos que se explicarían por la persistencia de racismo en nuestra sociedad". Sin embargo, el segundo trabajo "fue realizado en Lima Metropolitana y estuvo orientado a analizar la existencia de discriminación racial en las prácticas de contratación en el mercado laboral. La investigación no encontró evidencias de discriminación, dado que se no se registraron diferencias significativas en las tasas de contratación para 'blancos' e 'indígenas'. Ello ha

llevado a afirmar a uno de los autores lo siguiente: "Es cierto, hay diferencias en resultados en los mercados de trabajo según características raciales y de género, pero ello no es evidencia de discriminación. Los problemas de diferencias raciales se encuentran principalmente en el sistema educativo, [en cambio] los de las diferencias de género en el mercado laboral". Es más, en este estudio se llega a sugerir –cuestión con la que no estoy de acuerdo sobre la base de un simple análisis de la realidad de este asunto– "que el problema de discriminación de género es más fuerte que la discriminación racial, al menos en ámbitos como el mercado laboral limeño".³³

No obstante, parafraseando los hallazgos de un estudio referido al Brasil de la OIT, podría señalarse que la distribución de hombres y mujeres, "blancos" (as) e "indígenas", según su procedencia del sector formal o informal es muy diferenciada, lo que implica la persistencia y la reproducción de una fuerte segmentación del mercado de trabajo en materia de género y raza. Esta refleja mecanismos de discriminación, ya que se relaciona con arraigadas construcciones culturales y sociales, que atribuyen 'lugares' y valores jerárquicamente definidos en la sociedad al trabajo realizado por mujeres y hombres, "indígenas" y "blancos", más que con los atributos técnicos o de escolarización de las personas que integran la fuerza de trabajo. Por tanto, la segmentación del mercado de trabajo basada en el sexo y en la raza-color constituye un factor muy influyente en los principales indicadores de la calidad del empleo de mujeres y hombres, "indígenas" y "blancos": niveles de remuneración, oportunidades de calificación, capacitación y promoción, posibilidades de acceso a empleos formales y a la protección social.³⁴ Por supuesto que esta conclusión admite excepciones, las que, sin embargo, no invalidan la regla social imperante.

Frente a esta realidad, es necesario que la contratación pública establezca condiciones que desincentiven estas prácticas y costumbres racistas, valorando más los aspectos educativos y técnicos, sin perjuicio de buscar otros elementos, pues también esos aspectos de cualificación no tienen un punto de partida igual para todos, pues también allí los aspectos étnicos, de género generan desigualdades e inequidades que hay que minimizar con medidas que empajen el terreno.

- Banca ética. Este criterio tiene que ver, más bien, con uno de los supuestos de inaplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente el regulado en el artículo 3-3-e, es decir, los contratos bancarios y financieros celebrados por las Entidades. Podría tener vinculación también con el supuesto de inaplicación regulado en el artículo 3-3-d, es decir, la contratación de "asesoría legal y financiera y otros servicios especializados, vinculados directa o indirectamente a las operaciones de endeudamiento interno o externo y de administración de deuda pública". Si bien es cierto estos contratos están fuera de la Ley de Contrataciones del Estado, lo cierto es que no por ello dejan de ser contratos públicos y, por tanto, deben observarse en ellos los principios generales que rigen la contratación pública y uno de ellos es el de la transparencia en el manejo de los recursos públicos.

Debe tenerse en cuenta que el sistema financiero se rige casi exclusivamente por criterios lucrativos, lo que contribuye a incrementar las diferencias de renta y riqueza. Y esto ha llegado a niveles francamente sorprendentes. Como afirma Torres López, "el dinero es un medio de pago (si lo utilizamos para las transacciones) o un depósito de valor (si lo utilizamos para guardar

33 VALDIVIA, Néstor. ¿Somos o no racistas los peruanos? En: *Le Monde Diplomatique* No. 24, edición peruana. Ver: <http://www.eldilpo.com.pe/somos-o-no-somos-racistas-los-peruanos>.

34 Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Desigualdad y discriminación de género y raza en el mercado de trabajo brasileño*. En: *Panorama Laboral*, 2003, pp. 85-86. Ver: <http://www.oit.org.pe/WDMIS/bib/publ/panorama/panorama03%5Bart-4%5D.pdf>.

nuestra riqueza para el futuro). La gente normal utiliza generalmente mayor o menor cantidad de dinero, más o menos en proporción a las transacciones que va a realizar. Y a las empresas que se dedican a producir bienes y servicios les ocurre prácticamente lo mismo³⁵, pero en los últimos años "el dinero se ha divorciado del comercio. Dejó de circular en proporción a las transacciones para crecer autoalimentándose a sí mismo". Y la razón de este fenómeno es que "en lugar de que el dinero, los medios de pago, se utilizaran para comprar cosas, se comenzaron a utilizar para comprar... ¡dinero!". Por tanto, es consecuencia de lo anterior que si los bancos "hacen un negocio fácil muy rentable creando dinero y además al hacerlo aumentan constantemente su poder, es normal que estén permanentemente interesados en hacer crecer la cantidad de dinero (bancario a ser posible) que circula en la economía". Pero esto no queda allí, pues justamente la posibilidad de obtener mayores beneficios en la especulación financiera "es la consecuencia de que allí se opere con más riesgo pero también de que las políticas que se llevan a cabo en el ámbito productivo para favorecer a los capitales privados tienen un efecto perverso y terminan por generar menores beneficios que los que se pueden obtener en el ámbito financiero". Y esto implica que, conforme al credo neoliberal, se haya impuesto "un régimen de salarios reducidos y de trabajo precario que efectivamente ha permitido recuperar las rentas del capital". Sin lugar a dudas, un círculo vicioso en el que pocos obtienen inmensas utilidades (que pueden dirigir al ahorro), mientras la mayoría trabajadora se ve perjudicada, pues sus ingresos tienen que dirigirse exclusivamente a la satisfacción de necesidades.³⁶

En ese sentido, este criterio consiste en que los recursos públicos que se dirigen al sector banca-

rio y/o financiero vayan a entidades que actúan con respeto a estos criterios de "financiación ética y solidaria", que actúa sobre la base del principio de transparencia respecto del destino de su dinero a los ahorristas; asimismo, excluye inversiones en empresas social y ambientalmente perniciosas, promoviendo proyectos de economía social o solidaria basados en el respeto a los derechos humanos, la educación, la protección del medio ambiente, la ocupación laboral de personas con discapacidades, los proyectos de desarrollo en países del sur, etc.

Economía solidaria. Este criterio es más bien un principio que busca promover un modelo económico cuyo objetivo no es el lucro "sino la calidad de vida de las personas, y donde los valores sociales, ambientales y solidarios ocupan el espacio central. Se asienta sobre la base de utilizar la economía como un instrumento de transformación social y de construcción de un desarrollo humano, sostenible y más justo. Sus principios fundamentales son: empleos dignos, igualdad, participación colectiva, respeto al medioambiente, cooperación, compromiso con el entorno local (...)"³⁷. Sobre este particular, el propio Torres López ha señalado que para que haya "una economía diferente es necesario que los ciudadanos tengan el suficiente poder para asegurar que sus preferencias democráticamente expresadas se conviertan en decisiones", pues la crisis "está mostrando el lado inmoral y criminal de muchas actividades financieras y económicas. Por la ganancia se permite todo". Y, por lo tanto, no es solamente a los mecanismos económicos "a lo que hay que mirar sino a los principios éticos, a los impulsos que guían la actuación de los poderosos, de los gobernantes y del conjunto de los ciudadanos. Y al poder tan desigual que hay detrás de cada uno".³⁸

35 TORRES LÓPEZ, Juan, *Op. Cit.*, pp. 21, 22, 26, 29, 30.

36 LESMES ZABALEGUI, Santiago, *Op. Cit.*, 2008, p. 48.

37 TORRES LÓPEZ, Juan, *Op. Cit.*, pp. 88-89.

V. LA CONTRATACIÓN SOSTENIBLE EN LA NORMATIVA PERUANA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como se ha podido apreciar hasta el momento, el derecho de la contratación pública se viene moviendo atento a las dinámicas del mundo contemporáneo y, por tanto, se han introducido en las normas de diferentes países los criterios sociales y medioambientales que deben también tomarse en cuenta al momento de adjudicarse los contratos. Y habiendo aprobado recientemente las normas que rigen el principal sistema de contratación pública, el Perú tuvo la oportunidad de incorporar de manera adecuada e integral los criterios de sostenibilidad, más aun en un contexto en el que el crecimiento económico es innegable. No obstante, el nuevo ordenamiento legal de contrataciones del estado no parece estar atento a las demandas sociales que resultan de un simple análisis de la encuesta reseñada antes y desarrollada por Ipsos Apoyo; sobre este particular, no puedo desviarme del objeto del presente artículo, pero creo importante sugerir la lectura de los artículos publicados por Mario Arteaga Zegarra³⁸, Marco Martínez Zamora³⁹ y Napoleón Pérez Machuca⁴⁰, en los que se hace una reflexión crítica sobre las modificaciones que, contrariamente a lo deseado, estarían produciendo un retroceso.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta claro que la nueva normativa de contratación pública ha incorporado los tres pilares de sostenibilidad en la contratación pública.

I El mejor valor por el dinero

Debo destacar profundamente el hecho de que la nueva Ley de Contrataciones del Estado

(en adelante, la Ley), aprobada por Decreto Legislativo No. 1017, recoge en su artículo 2 el principio del mejor valor por el dinero, por el cual debe entenderse la selección de la mejor oferta tomando en consideración, de la manera más equilibrada, factores distintos como el precio, la calidad y el ciclo de vida del producto. De ese modo, el referido artículo establece que la Ley tiene por objeto "establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad".

Como se aprecia, el referido artículo ha sido elaborado de manera deficiente, pues alimenta el sentido actual del valor por el dinero con un criterio simple de corto plazo, razón por la cual no alude a un análisis integral de la oferta, sino simplemente hace referencia a la relación costo-calidad; este binomio, sin embargo, debe completarse con la necesaria evaluación del ciclo de vida del producto, lo que permitirá determinar también el costo del producto en el largo plazo y, por tanto, costo real.

2 Criterios medioambientales

Por otro lado, tenemos que el artículo 4-m ha recogido el Principio de Sostenibilidad Ambiental, que establece que en toda contratación "se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia". Esta norma hay que saludarla también, a pesar de su deficiente construcción y la nula reglamentación.

38 ARTEAGA ZEGARRA, Mario, *La nueva Ley de contrataciones del Estado. Una visión comparativa con su normativa precedente*. En: *Jus Doctrina & Práctica*, No. 8.

39 MARTÍNEZ ZAMORA, Marco, *La nueva Ley de Contrataciones del Estado y el ocaso del régimen abierto de contratación pública. Cómo contratar con quien se quiere y prescindir de quien no se quiere*. En: *Jus Gestión Pública*, No. 3, 2008.

40 PÉREZ MACHUCA, Napoleón, *Novedades y oportunidades perdidas en la "nueva" normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado*. En: *Actualidad Jurídica*, No. 182.

Sobre este particular, Cristhiam León Oroscó⁴¹ ha señalado que toda Entidad del Estado que requiera incluir criterios medioambientales en las Bases Administrativas, deberá cumplir las siguientes condiciones:

- Dichos criterios deben estar vinculados con el objeto del contrato, lo que implica que guardan relación con las necesidades de la Entidad contratante.
- Debe ser criterios específicos y cuantificables objetivamente.
- Deben establecerse, previamente, en las Bases Administrativas.
- Deben respetar el principio de no discriminación y de trato justo e igualitario.

Según puede apreciarse, hay largo trecho por recorrer para empezar a implementar y desarrollar estos criterios medioambientales; sin embargo, hay que precisar que el Ministerio del Ambiente convocó el 10 de junio a una Subasta para la venta de papel usado, que se llevó a cabo el día 18 de ese mes. Sería importante que, desde ese sector, se implemente una Guía de Contratación Pública respetuosa con el medio ambiente.

3 Criterios sociales

Del mismo modo, es importante reconocer el hecho de que se haya incorporado, como principio de la contratación pública, en el artículo 4-a, al denominado "Principio de Promoción del Desarrollo Humano", por el cual:

"La contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia".

Esta norma no se puede apreciar si no en concordancia con la Constitución Política del Estado,

que en su artículo 44 establece que uno de los deberes primordiales del Estado es *"promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación"*. Sin perjuicio de que la propia Constitución tiene más normas vinculadas, quiero destacar, para los fines del presente ensayo, su artículo 10 en el cual se establece que el Estado *"reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida"*, así como el artículo 23 en el que se señala que el trabajo, en sus diversas modalidades, *"es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan"*, precisando que *"promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo"*.

Por tanto, puede opinarse en el sentido de que este principio simplemente desarrolla normas constitucionales. Sin embargo, la propia normativa de contratación pública no ha desarrollado el principio referido, lo cual da muestra de que se requiere de normas que permitan y fomenten el desarrollo práctico del mismo. Es más, de manera completamente errónea se ha mantenido en la ambigüedad una norma que puede tener una lectura contraria a este principio y es el artículo 154 del Reglamento, que establece que *"Los tributos y gravámenes que correspondan al contratista, así como las responsabilidades de carácter laboral y por el pago de las aportaciones sociales de su personal, se regularán por las normas sobre la materia"*. Aquí se eludió la gran responsabilidad que tiene el Estado para hacer que se cumplan estas normas y que afectan inevitablemente a los trabajadores y a la sociedad en su conjunto. Si bien es cierto se ha morigerado el carácter elusivo del artículo 212 del Reglamento anterior, que establecía que *"Los tributos y gravámenes que correspondan al contratista, así como las responsabilidades de*

41 LEÓN OROSCO, Cristhiam, *La inclusión de criterios medioambientales en las Bases Administrativas en la nueva Ley de Contrataciones del Estado*. En: *Revista Jurídica del Perú*, tomo 98, Abril, 2009, p. 137.

carácter laboral y por el pago de aportaciones sociales de su personal, son de su exclusiva responsabilidad y no son transferibles a la Entidad", lo cierto es que no se ha tomado una definición clara que permita al Estado cumplir su rol tutivo de los trabajadores y de la sociedad.

Llama la atención que se haya quitado la expresa manifestación de que esas responsabilidades del contratista son exclusivas de él y no son transferibles a la Entidad, pues en este tiempo en el que se ha vuelto a poner de moda la "socialización" de las pérdidas del sector privado a través del Estado, no vaya a ser que se esté buscando legitimar medidas contraproducentes y que, más allá de la burla misma de los postulados neoliberales, se constituyen en un agravio contra la sociedad que se ve en la obligación de asumir pérdidas privadas, cuando ella no tuvo participación alguna en esas actividades y, menos aún, participó de las utilidades correspondientes.

Es más, el órgano rector de las contrataciones públicas, CONSUCODE, hoy OSCE, a través de diversos Pronunciamientos, en los que se restringe la posibilidad de aplicar estas cláusulas de contenido social, desarrolló esa norma, disponiendo la supresión de ciertos "criterios sociales". Cito algunos ejemplos:

- Mediante el Pronunciamiento No. 247-2005-GTN, frente a unas Bases que establecían como requisito para el pago de las valorizaciones la presentación de una serie de documentos que acrediten sus obligaciones laborales y tributarias, el CONSUCODE se pronunció señalando que *"la documentación requerida en las Bases para el pago de las valorizaciones y liquidación constituye parte de las obligaciones propias del contratista, y considerando que la relación entre la Entidad y el contratista es independiente de las relaciones internas del segundo, en la medida que se ejecuten adecuadamente las prestaciones derivadas del contrato, la Entidad no podrá oponer ni establecer mayores requerimientos para el pago, por lo que corresponde se supriman las mencionadas exigencias de las Bases"* (subrayado mío).
- Mediante el Pronunciamiento No. 60-2004-GTN, respecto a la proforma del contrato, en la Cláusula Vigésima se había establecido que la garantía de fiel cumplimiento, también cubrirá los riesgos de incumplimiento de las obligaciones sociales del contratista. El órgano rector señaló que *"tal como su propio nombre lo señala, la mencionada garantía sólo se encuentra prevista para garantizar cualquier saldo u obligación a favor de la Entidad, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales; por lo que la mencionada garantía no podrá emplearse para cubrir otras deudas u obligaciones del contratista que no se deriven del estricto cumplimiento del contrato. En este sentido, corresponde al Comité Especial suprimir de las Bases la mencionada disposición"*. Lamentablemente, en el Perú, hasta la fecha, muchas empresas de intermediación laboral, por ejemplo, incurren permanentemente en incumplimiento de sus obligaciones sociales y el sector público, cliente de estas empresas, se viene haciendo hasta ahora "de la vista gorda", sin asumir sus deberes constitucionales. Habría que proporcionar a las administraciones las herramientas legales necesarias para velar por los derechos de las poblaciones vulnerables.
- Mediante el Pronunciamiento No. 189-2003 se manifestó que *"el pago de las valorizaciones derivado de un contrato está sujeto sólo al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, no pudiendo condicionarse el mismo a la observancia de aspectos o formalidades ajenas al contrato suscrito entre la Entidad y el contratista. Por tanto, si bien resulta de obligatorio cumplimiento para el contratista el pago de las aportaciones señaladas, no resulta procedente que en función de ello se establezcan restricciones para el pago de las valorizaciones presentadas, salvo aquellas que propiamente deriven de la ejecución del contrato o, en todo caso, de disposiciones normativas especiales, máxime cuando el artículo 128 del Reglamento*

dispone que los tributos, gravámenes, así como las responsabilidades de carácter laboral y el pago de aportaciones sociales de su personal, son exclusivamente de cargo del contratista".

Sin perjuicio de lo anterior, debo indicar que la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República está discutiendo un Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Contrataciones del Estado en el que, entre otras modificaciones, se está planteando la modificación del artículo 10, con la inclusión de un nuevo literal en el que se establecería que están impedidas de ser participantes, postores o contratistas, "*Las personas naturales o jurídicas que mantiene adeudados impagos por obligaciones previsionales o con la seguridad social, salvo que demuestren que han sometido tales adeudados a programas vigentes generales o particulares de fraccionamiento en sede administrativa, judicial o extrajudicial, y se encuentren al día en el pago de las mismas, de acuerdo a la normatividad vigente*" (subrayado mío).

Otra modificatoria que podría estar vinculada a este principio es la referida al artículo 15 de la Ley, al que se le agrega el párrafo siguiente: "*Las entidades deben considerar no menos del 10% de su presupuesto institucional para ser atendidas por las micros, pequeñas y medianas empresas, en aquellos bienes y servicios que estas puedan suministrar*".

Aunque tímidos –y es que resulta claro que no se ha dado avances realmente relevantes–, estos serían avances para la incorporación de criterios sociales prácticos en la contratación pública.

4 Problemas para la aplicación de cláusulas sociales en el Perú

El primer problema con el que se estrella la posibilidad de aplicar criterios de sostenibilidad, es decir, medio ambientales y sociales en la contratación pública, es la falta de regulación expresa de ello en la normativa especial, lo que implica que los principios queden en el limbo jurídico, más aun con la mentalidad

de los operadores de la contratación pública. Aquí se requiere de una verdadera voluntad política para poder avanzar en la implementación de estos criterios de sostenibilidad de la contratación pública.

Por otro lado, tenemos que el artículo 4-k de la Ley de Contrataciones del Estado regula el Principio de Trato Justo e Igualitario, estableciendo que todo postor de bienes, servicios o de obras "*debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas*" (subrayado mío). ¿Qué tanto podemos aplicar cláusulas sociales diferenciadas o de discriminación positiva a favor de ciertos grupos excluidos? Creo que, en aplicación de normas de rango constitucional e incluso legal que promueven esas políticas de fomento, sí pueden aplicarse estos criterios sociales.

VI. OPORTUNIDAD DE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOSTENIBILIDAD, ESPECIALMENTE PARA EL CASO DE CRITERIOS SOCIALES

Cuando en España se empezó con la implementación de la contratación pública sostenible, se plantearon algunas cuestiones que es relevante traer en este trabajo a colación:

"¿Es posible desde el punto de vista legal la incorporación de criterios ambientales y sociales en la contratación pública? Sí, lo es. El marco jurídico europeo es ahora más claro que hace unos años y da un respaldo a la puesta en práctica de la Compra Pública Sostenible. Así, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 31 de marzo de 2004 admite expresamente la inserción de criterios sociales y ambientales en la contratación pública siempre que se respeten las libertades básicas del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (libertad de circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios) y los principios derivados de las mismas (igualdad de trato, no

discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia).⁴²

En el caso de la nueva normativa peruana de contratación pública, puede aceptarse el adjetivo que califica su novedad, por la incorporación de los principios que resaltamos antes; no obstante, no se ha incorporado normativa legal ni reglamentaria que establezca, de manera precisa, la posibilidad de incorporar los criterios de sostenibilidad (sociales o medioambientales) de manera concreta en las Bases que regulan un proceso o en los contratos. En esa medida, habrá que esperar que los funcionarios públicos tengan la creatividad necesaria para lograr aterrizar esos principios y no dejarlos en el limbo de la poesía jurídica.

Y todo esto está relacionado con la oportunidad en que es posible que se apliquen estas medidas. Habrá, entonces, que responder la interrogante de ¿en qué momento del procedimiento de contratación puede la Administración incorporar los criterios ambientales y sociales? Son respuestas posibles a esta cuestión las siguientes:

- Definir el objeto de contrato con un título de marcado carácter ético o ambiental.
- Describir en las especificaciones técnicas, las características ambientales o éticas de los materiales o métodos de proceso y producción determinados, que sean ambiental o socialmente favorables.
- Incluir en la selección de candidatos requisitos de solvencia técnica ambiental o social que aseguren la capacidad del licitador de llevar a cabo el servicio o la obra de una manera sostenible.
- Valorar en la adjudicación los aspectos éticos y ambientales que tengan relación

con el objeto de contrato y que hayan sido previamente descritos en el pliego (sólo es posible en los concursos, ya que en las subastas el único criterio a tener en cuenta es el precio).⁴³

VII. METODOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DE COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES

En este apartado nos centramos en la metodología sugerida por Lesmes Zabalegui⁴⁴, por la cual la incorporación de criterios sociales puede darse en distintas fases del proceso de contratación:

- La definición del objeto del contrato o, en los términos de nuestra normativa, la determinación del objeto del proceso o de la contratación. Esto resulta importante, pues podrán establecerse criterios de valoración y/o condiciones de ejecución del contrato con implicancias sociales; obviamente, todo esto tendrá que anunciarse, de manera previa, en los pliegos de condiciones o Bases Administrativas a fin de establecer de manera clara y objetiva las reglas de juego.
- La justificación de incorporar criterios sociales. Desde luego, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Reglamento, los requerimientos de las diferentes áreas de una Entidad serán incluidos en el cuadro de necesidades que será remitido al órgano encargado de las contrataciones para su consolidación, valorización y posterior inclusión en el Plan Anual de Contrataciones. Esto implica que las necesidades deben determinarse de manera sustentada. Sobre esa base, el propio Plan Anual de Contrataciones debe contener como información básica el objeto de la con-

42 ESCUDERO PALOMCO, José Luis y otros, *Compra Pública Ética y Sostenible. Guía para Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha*, Red de Comercio Justo y Consumo Responsable de Castilla, La Mancha, 2007, p. 11.

43 *Ibidem*, p. 13.

44 LESMES ZABALEGUI, Santiago, *Op. Cit.*, 2008, pp. 47 y siguientes.

tratación (artículo 7-1 del Reglamento), que a su vez se sustenta en la necesidad que hay que atender. Una vez que se ha determinado el objeto de la contratación es posible determinar la posibilidad y hasta la conveniencia de incorporar criterios sociales, sea como elemento principal o accesorio del contrato, en tanto especificaciones técnicas, factores de evaluación o condiciones de ejecución del contrato.

- Estableciendo como especificaciones técnicas cuestiones sociales. No se pierda de vista que por especificaciones técnicas nuestra normativa entiende las descripciones elaboradas por la Entidad de las características fundamentales de los bienes, suministros u obras a contratar; como tales son consideradas como requerimiento técnico mínimo y, por ello, de cumplimiento obligatorio como requisito de admisibilidad de una oferta. Además, estos requerimientos obligatorios deben estar establecidos en las Bases.

Podría, entonces, plantearse el requerimiento de un tipo de productos o materiales específicos de lo que se entiende por Comercio Justo; desde mi punto de vista, un requerimiento de este tipo resulta perfectamente válido y legal, y no podría ser atacado con el argumento de que afecta la libre competencia o el derecho a un trato justo e igualitario, pues podrían participar todos los proveedores que lo cumplan, lo que, encima de todo, daría un plus en la consideración de estos por cuanto se garantizaría el respeto a cuestiones básicas como el no valerse del trabajo infantil o el reconocimiento de un valor justo por los productos de poblaciones marginadas. Un caso concreto podría ser el que esos proveedores acrediten que adquieren, por ejemplo, productos de Comunidades Campesinas y Nativas a precios justos.

Podría también exigirse ciertos requisitos ("certificaciones éticas") como pueden ser la Marca IFAT (Federación Internacional de Comercio Alternativo, organización que cuenta con una instancia regional latinoamericana, y que tiene como objetivo la promoción de los principios

del comercio justo y el desarrollo de nuevos mercados) para productos importados, o la certificación FLO (Fairtrade Labelling Organization, organización internacional responsable de la Definición y de la Certificación de los Estándares del Comercio Justo, que garantiza que todos los productos que se venden con el Sello de Comercio Justo, en cualquier parte del mundo, y que se comercializan, son producidos conforme a los Estándares de Comercio Justo, contribuyendo al desarrollo de productores y trabajadores desfavorecidos). Debiera evaluarse la forma de incorporar estos temas en el ámbito nacional –evitando que se constituyan en barreras de acceso al mercado– pues podría generarse un efecto multiplicador para diferentes productores nacionales desfavorecidos, por ejemplo, en las zonas de la Amazonia y del Sur Andino, lo cual podría generar consecuencias positivas también en la lucha contra problemas endémicos como el narcotráfico.

- También podría plantearse como requisitos para los postores determinadas calificaciones que aseguren el cumplimiento de los objetivos sociales planteados. Claro, estas exigencias (experiencia, conocimientos técnicos) deben estar relacionadas con el objeto de la contratación y deben ser objetivas, proporcionadas y razonables.
- Por otro lado, podría establecerse criterios sociales como factores de evaluación. Claro, como se ha dicho antes el principio de promoción del desarrollo humano no ha merecido hasta la fecha un desarrollo legal ni reglamentario; sin embargo, habría que explorar en las decisiones de gestión para lograr dar este alcance a los procesos en los que resulte pertinente incorporar factores de evaluación de contenido social. Estos factores de evaluación deben ser objetivos y cuantificables, no pudiendo ser de un valor determinante en la adjudicación del contrato.

Una de las medidas de fomento que podría, de manera indirecta y remota, estar considerada en este rubro es el de la bonificación por provincia

o colindante, regulada en el artículo 71-6 del Reglamento, en el que se precisa que tratándose de la contratación de obras y servicios "que se ejecuten o presten fuera de la provincia de Lima y Callao, cuyos montos correspondan a Adjudicación Directa Selectiva o Adjudicación de Menor Cuantía, a solicitud del postor se asignará una bonificación equivalente al diez por ciento (10%) sobre la sumatoria de las propuestas técnica y económica de los postores con domicilio en la provincia donde se ejecutará la obra o se prestará el servicio objeto del proceso de selección o en las provincias colindantes (...)".

- En el caso europeo, se prevé la posibilidad de "reserva de mercado" para ciertas empresas de inserción o reinserción laboral de personas con discapacidad, empresas que en condiciones normales de competencia pueden tener problema para ser adjudicados con contratos públicos.

No estoy seguro de si existen mercados reservados para cierto tipo de empresas en el Perú, pero podría repensarse este criterio social para utilizarlo en otros ámbitos, como puede ser el de la alimentación, generando una mayor demanda pública (lo que implica dar un giro a nuestros hábitos alimentarios) de la papa; teniendo en cuenta que el Perú produce anualmente unas 3'300,000 toneladas métricas de papa, a pesar de lo cual nuestro país importa el 100% del almidón de papa; del mismo modo, en el país se industrializa apenas el 2% de la producción de papa, mientras que en otros países se industrializa alrededor del 40%.⁴⁵ Recuérdese que la relevancia del movimiento económico en las compras públicas puede orientar el mercado en el sentido que se establezca de acuerdo a sus objetivos políticos, sociales, etcétera.

Solamente, hasta donde conozco, mediante el artículo 2 de la Ley 27767, Ley del Programa Nacional Complementario de Asistencia Alimentaria, se ha establecido una surte de medida

de reserva del mercado, cuando se requiere que "Todos los programas sociales de apoyo y seguridad alimentaria creados o por crearse, desarrollados o ejecutados por el Estado deberán obligatoriamente adquirir anchoveta elaborada en conservas, seco-salado o salpeseo, así como preferentemente papa en la costa y en la sierra, y yuca en la selva", debiendo la Entidades Públicas adquirir directamente "productos alimenticios nacionales a los campesinos, pequeños productores locales individuales y organizados, microempresas agroindustriales de la región que utilizan insumos producidos en la zona con excepción de la anchoveta y sus derivados". Como podrá apreciarse, esta medida, sin embargo, resulta francamente limitada, pues la reduce a medidas restrictivamente asistencialistas, cuando su alcance podría ser de mayor ambición.

- Condiciones de ejecución del contrato. Estas constituyen obligaciones contractuales a cargo del contratista, es decir, del postor adjudicado con el contrato. Este tiene que cumplir con su oferta, la misma que tendrá que haber incluido las condiciones de ejecución previstas en las Bases Administrativas. Su incumplimiento podría dar lugar a la resolución del contrato e incluso al resarcimiento que correspondiera por la inejecución de obligaciones.

VIII. CONCLUSIONES

El contexto de globalización que vive el mundo hace que exista una mayor interdependencia entre las diferentes sociedades y, por tanto, existen problemas comunes, frente a los cuales es posible plantear también propuestas de solución comunes.

La contratación pública tiene una relevancia económica innegable y, por tanto, su desarrollo trasciende los aspectos puramente economicistas presentes en toda contratación.

45 Información recogida del blog de Mario Ceroni Galloso. Ver: <https://professorceroni.blogspot.com/2009/05/productos-con-valor-agregado-de-la-papa.html>

El derecho de la contratación pública comparado se está orientando hacia una contratación sustentable, la misma que se desarrolla sobre la base de principios y con la incorporación de criterios de carácter social y medioambiental.

La incorporación de estos criterios sociales y medio-ambientales puede darse como requisitos técnicos mínimos, como factores de evaluación o como condiciones de ejecución del contrato.

La incorporación de criterios sociales puede darse, por ejemplo, a través de los supuestos de diferenciación o discriminación positiva, que forman parte del rol tuitivo del Estado frente a sectores excluidos de nuestra sociedad. La

conveniencia de estas cláusulas debe evaluarse para cada caso concreto.

Hay la necesidad de promover el comercio justo desde el Estado, lo cual reeditará en beneficios para la sociedad en su conjunto.

Es necesario consensuar políticas de contratación pública sostenible entre los diferentes operadores del sistema, como son Entidades Públicas, Sector Privado y Sociedad Civil. Esto legitimará el sistema y lo hará más sólido desde una perspectiva institucional.

Finalmente, lo que busca el derecho de contratación pública sostenible es una sociedad más justa, en la cual la economía esté al servicio del ser humano y no a la inversa.